

**APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL SUPREMO
SOBRE CUSTODIA COMPARTIDA EN LAS
AUDIENCIAS PROVINCIALES.
EL ARTÍCULO 92.8 DEL CÓDIGO CIVIL**

**Esther Alba Ferre
Carmen Florit Fernández
Elena Goñi Huarte
Aránzazu Roldán Martínez**

**ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
BIBLIOTECA**

2017



**ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID**

**MATRI
TENSIS**

**“APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
SOBRE CUSTODIA COMPARTIDA EN LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.
EL ARTÍCULO 92.8 DEL CÓDIGO CIVIL”**

Marzo 2017

Dra. Esther Alba Ferre

Dra. Carmen Florit Fernández

Dra. Elena Goñi Huarte

Dra. Aránzazu Roldán Martínez

SUMARIO:

1. Objeto de la investigación	4
2. Descripción de la muestra de sentencias	9
3. Análisis particularizado de las Audiencias Provinciales	13
3. 1. Madrid	13
3.2. Cantabria	26
3. 3. Asturias	29
3.4. Andalucía	38
3.5. Islas Baleares	47
3.6. País Vasco	54
3.7. La Rioja	70
3.8. Galicia	73
3.9. Castilla y León	91
3.10. Castilla-La Mancha	109
3.11. Extremadura	125
3.12. Islas Canarias	135
3.13. Murcia	150
3.14. Melilla	158
3.15. Cataluña	161
3.16. Comunidad Valenciana	162
3.17. Navarra	166
3.18. Aragón	170
4. Conclusiones	173

1. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

La regulación actual sobre custodia compartida contenida en nuestro Código Civil, data del año 2005 (Ley 15/2005, de 8 de julio). En este mismo año se modificó también el artículo 68 con el fin de incluir el deber de los cónyuges de “compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”. La reforma de este precepto no hacía sino acomodar la normativa a una realidad social donde la incorporación de la mujer al mundo del trabajo fuera de casa, había dado lugar a la progresiva asunción de responsabilidades de los dos miembros de la pareja en las tareas domésticas y en el cuidado de los hijos. El Código Civil no sólo recoge una realidad que poco a poco se ha ido generalizando, sino que la convierte en un deber.

Sin embargo, cuando el matrimonio entra en crisis, como consecuencia de una separación, nulidad o divorcio, el Código Civil se mueve en una dirección opuesta. Si antes de la crisis impone un deber, el de ambos padres de cuidar y atender a los hijos conjuntamente, tras dicha separación o divorcio relega la custodia conjunta a un segundo plano (cuando se den los especiales requisitos exigidos), dando preferencia a la custodia a favor de uno solo de los progenitores. No de otra forma puede interpretarse el artículo 92.8 cuando establece que tras la crisis matrimonial queda condicionada la posibilidad de que ambos padres sigan compartiendo los cuidados y la custodia de los hijos a que medie un acuerdo entre ellos en tal sentido. “Excepcionalmente”, añade el precepto, “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 sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”. No prevé el legislador la posibilidad de establecer la custodia compartida de oficio por el juez.

En resumen, en el Código Civil caben ambas formas de custodia: la exclusiva y la compartida, pero mientras la compartida solicitada por ambos progenitores de mutuo acuerdo sólo requiere para ser establecida que no perjudique el interés del menor, la custodia compartida solicitada por uno solo de los progenitores es tratada por el propio Código Civil como algo excepcional, que sólo debe concederse cuando de esa única forma se proteja adecuadamente el interés del menor. Ciertamente la reforma de 2005 supuso un avance al introducir la posibilidad de la custodia compartida, pero son muchas las voces que consideran que la norma se ha quedado realmente corta y que debería ser más avanzada y establecer la custodia compartida por defecto en todos los casos y que sea una excepción el optar por otro tipo de soluciones.

El artículo 92.8 ha sido objeto de interpretación en fechas recientes tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo, que se han pronunciado de forma clara sobre este régimen. Las sentencias que pueden considerarse clave en esta materia son:

- STC 185/2012 de 17 de Octubre de 2012, que suprime la exigencia previa de *informe favorable del Ministerio Fiscal* para la adopción por el Juez de la guarda y custodia compartida.

- La STS 257/2013, de 29 de abril de 2013 que declaró como doctrina jurisprudencial la siguiente: "la interpretación de los artículos 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 artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, 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". Con la STS 257/2013, de 29 de Abril, el Alto Tribunal definió dos conceptos jurídicos indeterminados: por un lado, eliminó la nota de excepcionalidad que caracterizaba a la custodia compartida, convirtiéndola en una situación "normal" y, por otro lado, definió cuál era la fórmula relacional con la que se protegía plenamente el principio del mejor interés de los menores.
- Especialmente importante también fue STS de 13 de febrero de 2015 (recurso número 2339/2013), en la que se 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 informes o pruebas la 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 le es beneficioso."
- Posteriores sentencias del Tribunal Supremo han ratificado esta doctrina: STS de 19 de julio de 2013, la STS 758/2013 de 25 de noviembre de 2013, (en la que se concede la guarda y custodia compartida pese a la mala relación existente entre los progenitores), STS 660/2014 de 28 de noviembre de 2014, STS 449/2015 de 15 de julio de 2015 (llama la atención sobre el hecho de que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido tras la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 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),

STS 258/2015 de 16 de Febrero de 2015, STS 465/2015 de 9 de septiembre de 2015, STS 585/2015 de 21 de octubre de 2015 (el Tribunal Supremo pone de manifiesto que la sentencia recurrida consideró 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) y, finalmente, SSTS 571/2015 de 14 de octubre de 2015 y 9/2016, de 28 de enero de 2016.

Asimismo el Tribunal Supremo al conocer de solicitudes de modificación del régimen de custodia acordado antes del año 2013, aplicando de nuevo el principio informador del superior interés de menor, se ha pronunciado en el sentido de que el juzgador debe tener en cuenta que se ha producido una modificación de la doctrina del TC, la reforma del C. Civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, así como el cambio en las circunstancias familiares que hayan operado en el caso concreto. Véase en este sentido, la STS 616/2014 de 18 de noviembre de 2014 (recaída en relación con la modificación del régimen de custodia pactado en este caso en 2008 en un convenio suscrito notarialmente), las SSTS 391/2015 de 15 de julio de 2015, STS 390/2015 de 26 de junio de 2015, STS 576/2014 de 22 de octubre de 2014.

El Derecho civil propio de algunas CCAA ha corregido la excepcionalidad de la custodia compartida:

- Aragón fue la primera comunidad en abrir camino hacia la custodia compartida cuando, en mayo de 2010, sus Cortes aprobaron la Ley de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, aprobó con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. En él se establece la custodia compartida como opción preferente salvo que la individual sea más conveniente.
- En la Comunidad Valenciana encontramos una postura inequívocamente favorable a la guarda y custodia compartida (Artículo 5, epígrafe 2 de la Ley 5/2011, de 1 de abril de la Generalitat, declarada recientemente inconstitucional por la STC 192/2016).
- En Cataluña y Navarra encontramos un régimen jurídico que presenta notas comunes. El Parlamento catalán aprobó con la ley 25/2010, el Libro II del Código Civil catalán denominado “De la persona y la familia”, en el que se cambia el término de custodia compartida por el de responsabilidad parental compartida. A su vez, la Comunidad foral de Navarra aprobó 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, que entró en vigor el 28 de junio de 2011. Ambas comunidades plantean de forma prioritaria el acuerdo de entre el padre y la madre a través de la mediación familiar.

- Por último, en el País Vasco se otorga carácter prioritario al régimen de guarda y custodia compartida siempre que sea solicitado por uno de los progenitores y no sea perjudicial para el interés del menor. Aclara de forma contundente que la oposición a este régimen de uno de los progenitores o las malas relaciones entre los mismos no son motivo ni impedimento para el establecimiento del ejercicio compartido de la guarda y custodia del menor (Artículo 9.2 Ley 7/2015 de 30 de junio de 2015, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, en vigor desde el 10 de octubre de 2015).
- En Baleares, sin embargo, el Gobierno anunció en noviembre de 2015 que no modificará la normativa autonómica para establecer que la custodia sea compartida por regla general en caso de separación o divorcio matrimoniales.

Los últimos pronunciamientos judiciales, la tendencia favorable a la custodia compartida que se observa en las Comunidades autónomas con Derecho civil propio y la aprobación por el Gobierno en 2013 del anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad matrimonial, separación y divorcio, podrían hacer pensar razonablemente que nos embarcamos en una tendencia favorable a la guarda y custodia compartida, en casos en los que el Juzgado valorando todas las circunstancias que rodean al menor considere que es el régimen que más protege los intereses de los hijos. El anteproyecto acababa con la excepcionalidad dotando al régimen de guarda y custodia compartida de la misma normalidad que reviste la guarda y custodia a favor de alguno de los dos progenitores. Un avance muy importante recogido en el anteproyecto de ley radicaba en la enumeración detallada de los aspectos y circunstancias que el Juzgador debería tener en cuenta para así determinar de una forma justificada y fundada si la guarda y custodia compartida podía suponer para ellos un beneficio o de lo contrario podía resultarles perjudicial.

Sin embargo, el anteproyecto de ley no ha pasado de esta fase. Tras la finalización del actual período parlamentario desconocemos qué futuro espera a este anteproyecto que careció en su momento de los apoyos suficientes para pasar a tramitación parlamentaria. Por otro lado, tal como informan las estadísticas, parece las Audiencias Provinciales de forma mayoritaria han venido siendo muy reacias a aplicar el art. 92.8 CC por entender que la custodia compartida exige de una especial sinergia y empatía entre los ex cónyuges por lo que la excluyen cuando no es solicitada con el consentimiento de ambos. Así se ha puesto de manifiesto por algunas asociaciones de padres separados que denuncian la lentitud con que los criterios sentados por el Tribunal Supremo se están aplicando por los tribunales de instancia y de apelación. En concreto, las estadísticas del INE de 2013 revelaban que la custodia compartida a nivel nacional se otorgó en un 17,9% de los casos. Como razonablemente indican algunas de estas asociaciones, si tras la STS de 29 de abril de 2013, la custodia compartida es la regla general a aplicar, deberíamos encontrarnos con un porcentaje de resoluciones acordando la custodia compartida elevado. El que no fuera así podría deberse a que los juzgados de 1ª instancia no estaban aplicando la doctrina del Tribunal Supremo, manteniendo viejas inercias.

El estudio se ha llevado hacia un análisis de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales ubicadas en las comunidades autónomas que carecen de Derecho foral o civil propio. La acotación del ámbito de estudio permitirá conocer cómo se está aplicando en todas las comunidades autónomas la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Dicha acotación tiene otra justificación y es que normalmente este tipo de litigios termina en fase de Audiencia. No en vano, el recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no es ni puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. Interesa recordar que la doctrina del Tribunal Supremo en casos en que se discute la guarda y custodia compartida es reiterada en el sentido que en los recursos de casación sólo 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 , 578/2011, de 21 julio y 323/2012, de 21 mayo). Doctrina recordada en fechas recientes por la STS 750/2015, de 30 de diciembre de 2015.

A lo largo del año 2015 tuvimos ocasión de actualizar los datos del INE que ha hecho públicos los correspondientes al año 2014. Los informes revelan que la custodia de los hijos menores fue otorgada a la madre en el 73,1% de los casos, cifra inferior a la observada en el año anterior (76,2%). En el 5,3% de los procesos la custodia la obtuvo el padre (frente al 5,5% de 2013), en el 21,2% fue compartida (17,9% del año anterior) y en el 0,4% se otorgó a otras instituciones o familiares. Como puede observarse, se evidencia un repunte en la concesión de la custodia compartida. Sin embargo, el porcentaje sigue siendo bajo. ¿Podemos afirmar que se está produciendo un cambio de tendencia en los Tribunales que se estarían mostrando más propicios a la concesión de la custodia compartida? Para ello será necesario analizar si el repunte se debe a que también han aumentado los casos en los que el divorcio o la separación han sido por mutuo acuerdo entre las partes (como constatan las estadísticas del INE correspondientes a 2014) o si se debe a la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo. Por otro lado, las estadísticas del INE no discriminan por Comunidad Autónoma, lo que significa que en el aumento de las custodias compartidas pueden estar jugando un papel relevante las CC.AA que cuentan con legislación propia en la materia.

De acuerdo con lo anterior, se fijaron los siguientes objetivos:

1. Comprobar a través de las sentencias de las Audiencias Provinciales seleccionadas si las sentencias de instancia y de apelación están aplicando la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
2. En el caso de las sentencias que están aplicando la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, identificar los criterios que se están utilizando por las Audiencias para conceder o denegar la custodia compartida.

2. DESCRIPCION DE LA MUESTRA

De acuerdo con el objeto de la investigación, el estudio se ha centrado en las sentencias procedentes de las Audiencias Provinciales, que han aplicado, para la resolución del caso, el artículo 92.8 del Código Civil. Quedan al margen del estudio aquellas sentencias en las que se ha aplicado la legislación autonómica sobre custodia compartida. Por esta razón, se incluyen no sólo las Audiencias Provinciales de territorio común, sino también las de territorio foral, dado que el Código Civil se aplica a quienes carecen de vecindad civil foral y además, en algunas Comunidades Autónomas, la legislación propia es de fecha muy reciente, como puede ser el caso del País Vasco¹.

Entre el 1 de mayo de 2013 y el 31 de diciembre de 2015 se han seleccionado 547 sentencias. Los criterios que se han aplicado han sido los siguientes:

- se ha utilizado la Base de Datos del CGPJ “Cendoj”.
- se han introducido como términos clave “custodia compartida” y “92.8”

Se han seleccionado exclusivamente aquellas sentencias 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 diferenciar por sedes.

Se ha realizado un análisis cuantitativo y cualitativo de las sentencias por Comunidades Autónomas. El primer tipo de análisis nos ha permitido extraer los siguientes datos:

- El porcentaje de sentencias que en la segunda instancia, han reconocido la custodia compartida.
- El grado de normalización que ha alcanzado este tipo de custodia en ambas instancias, comparando el porcentaje de concesión en la 1ª instancia y en las AAPP.
- El número de sentencias que han sido casadas o confirmadas, dato del que se puede inferir el grado de acomodación de las sentencias de las AP a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
- Porcentaje de sentencias donde la madre solicita la custodia compartida. Este dato nos permite corroborar si, efectivamente, la custodia compartida continúa siendo una cuestión “de hombres”.

¹ Para un completo estudio de la legislación autonómica, *vid*, MARTÍNEZ SANCHÍS, N., “La guarda y custodia compartida en el Derecho autonómico. Estado actual de la cuestión”, *Actualidad jurídica Iberoamericana*, núm. 5, agosto 2016, pp. 76-95. De la misma autora, está en prensa la monografía *Guarda y custodia compartida. Ejercicio y criterios para su concesión en el Derecho autonómico*.

- Atendiendo al tipo de procedimientos donde puede plantearse la solicitud de custodia compartida (separación/divorcio; guarda y custodia; modificación de medidas definitivas) se ha cuantificado el número de sentencias recaídas en cada una de ellas. El tipo de procedimiento puede influir en la decisión final. Queremos constatar si existen mayores dificultades para obtener la custodia compartida en un proceso de modificación de medidas definitivas o en un procedimiento de divorcio o separación que ha venido precedido de un auto de medidas provisionales o en un procedimiento de guarda y custodia donde normalmente cuando se rompe la convivencia, y no existir medidas provisionales, las primeras decisiones sobre con quién vayan a convivir los hijos pueden marcar el futuro del proceso. Nos ha parecido también especialmente interesar cuantificar el número de procesos que afectan a hijos extramatrimoniales, toda vez que el debate en torno al carácter “normal y deseable” de la guarda y custodia compartida habitualmente se plantea en torno a los procesos de divorcio y separación, olvidando una realidad cada vez mayor: la ruptura de convivencias de hecho.

- Los criterios que tienen más peso en el momento de valorar el interés del menor en el caso concreto.

En el análisis cualitativo se han identificado catorce factores que están siendo interpretados de forma muy diferente por cada Audiencia Provincial, a la hora de decidir si procede el reconocimiento de la custodia compartida:

A. Distancia entre domicilios.

B. Conflictividad. Problemas de comunicación dentro de la pareja.

C. El Informe psicosocial o Prueba del Gabinete psicosocial. En los procesos de separación o divorcio con hijos menores, sobre todo en los contenciosos, cualquiera de los padres o el juez puede pedir la prueba pericial llamada Informe Psicosocial. Realmente no es un criterio, sino un medio de prueba que valora y pondera los distintos criterios en juego². El equipo está conformado por un psicólogo y un trabajador social que examinan a los padres y a sus hijos y emiten un dictamen en el que recomiendan que la custodia se encomiende en exclusiva a uno de los progenitores, detallando el régimen de visitas del otro, se establezca la custodia compartida, o se les quite a los dos para quedar el niño al cuidado de una institución. Para poder valorar la importancia que en la práctica pueden estar desempeñando estos informes, interesa destacar que en

² La Ley de Divorcio 15/ 2005 menciona la intervención de estos peritos hablando del Equipo Técnico Judicial en algún párrafo y en otro de especialistas debidamente cualificados. La existencia de esos Equipos Judiciales no está amparada por ninguna disposición con rango de ley y constituyen una irregularidad en el conjunto de los llamados peritos judiciales.

Su estatus laboral es el de personal contratado al servicio de la Administración de Justicia autonómica, no son funcionarios de carrera, ni tiene plaza alguna en propiedad. Su relación laboral con la Administración se puede romper en cualquier momento por decisión de la Consejería Competente de la Comunidad Autónoma respectiva. CUENCA ALCÁINE, B., “Los dictámenes psicosociales en los procesos de familia”, *Noticias jurídicas*, 2 de septiembre de 2014, fuente: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4925-los-dictámenes-psicosociales-en-los-procesos-de-familia/> (última consulta 1 de febrero de 2017).

algunos juzgados de grandes poblaciones, como por ejemplo en Madrid, cada juzgado de familia tiene adscrito un equipo concreto, pero en otras poblaciones no hay tantos equipos como juzgados, sino que existen equipos “volantes” que se desplazan a emitir informes en el que son requeridos. Suelen acumular retrasos importantes en la emisión de los informes, durante los cuales la situación de custodia exclusiva de la madre que suele ser lo normal inmediatamente después de la crisis familiar se consolida por causa del retraso³.

D. Deseo del menor: peticiones, deseos o preferencias manifestadas por el menor (deducidos del informe psicosocial, del acto de vista, de informes privados o de la exploración judicial).

E. Edad del menor.

F. Informe del Ministerio Fiscal.

G. Problemas de conciliación de vida familiar y laboral (horarios, flexibilidad laboral, necesidad de contar con el apoyo de los padres o de cuidadores externos).

H. La existencia de la figura de un “cuidador principal” durante la convivencia. Práctica, anterior a la separación, de los padres en sus relaciones con los menores.

I. Aportación de un Plan de parentalidad. Recuérdesse al respecto que, como señaló la STS de 15 de octubre de 2014, es obligación de los padres no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, “sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas”.

J. Mantenimiento del *status 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.

³ Información procedente de la Asociación de Abogados de Familia, que es muy crítica con estos equipos psicosociales. Disponible en <http://www.asociacionabogadosfamilia.com/equipos-psicosociales/la-prueba-del-informe-psicosocial> (última consulta 16 de marzo de 2017).

K. Existencia *de facto* de un régimen de custodia compartida y conveniencia de cambiarle el nombre.

L. Error en el *petitum* (realmente, no se pide una custodia compartida, sino una custodia monoparental con un régimen amplio de visitas).

M. Es un procedimiento de modificación de medidas definitivas y se valora si ha habido una variación sustancial de las circunstancias.

N. Interés real del solicitante que se infiere de su actuación procesal.

3. ANÁLISIS PARTICULARIZADO DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

3.1. MADRID

3. 1.1. ANÁLISIS CUANTITATIVO

Se han examinado 72 sentencias

Del examen realizado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª. Reconocen la custodia compartida en la Audiencia Provincial: 24 (33,33%)

- En ambas instancias: 17
- Sólo en la primera instancia: 1
- Sólo en la Audiencia provincial: 7

2ª. No reconocen la custodia compartida en la Audiencia Provincial: 48 (66,66%)

3ª. Han sido casadas por el Tribunal Supremo: 8

- El TS dice que sí procede la custodia compartida: 8
- El TS dice que no procedía la custodia compartida: 0

4ª. Han sido confirmadas por el Tribunal Supremo: 11

- El TS confirma que no procede la custodia compartida: 11
- El TS confirma que sí procedía la custodia compartida: 0

5ª. ¿Quién solicita la custodia compartida? En todos los casos, ha sido el padre.

6ª. ¿En qué procedimientos han recaído?

- Divorcio/separación: 32. Se ha reconocido en 13 sentencias (40,62%).
- Guarda y custodia/relaciones paterno-filiales: 18. Se ha reconocido en 8 sentencias (44,44%).
- Modificación de medidas: 22. Se constata que existen mayores dificultades para obtener la custodia compartida en proceso de modificación de medidas. Se ha reconocido sólo en tres ocasiones y, además, en ambas instancias (13,63%).

7ª. Como se verá a continuación, el factor más determinante es el informe psicosocial, seguido de la práctica de los padres en relación con los hijos, anterior a la ruptura (la existencia de un “cuidador principal” durante la convivencia).

3.1.2. ANÁLISIS CUALITATIVO

A. La distancia entre domicilios

Se ha tenido en cuenta en 9 ocasiones

- La distancia entre Alcorcón-Aranjuez, dificulta la comunicación con el hijo y el régimen de custodia compartida (SAP Madrid de 28 de julio de 2014, Rec.38/2014⁴), así como entre Madrid y Coslada (SAP Madrid de 22 de abril de 2015⁵)
- Una distancia de 10 km o los 20 minutos invertidos, no es obstáculo grave para la custodia compartida (SAP Madrid de 11 de julio de 2014, Rec. 1127/2013).
- Una distancia de 50 Km, estando la hija en edad escolar, sí dificulta la concesión de custodia compartida por semanas alternas (SAP Madrid de 11 de diciembre de 2015, Rec. 426/2015⁶).
- El cambio de domicilio a Toledo, en el trimestre que le corresponda al padre supone un riesgo para la estabilidad de la menor que, por el momento, no es aconsejable (SAP Madrid de 12 de noviembre de 2015, Rec. 1447/2014).

B. La conflictividad en la pareja

Se ha tenido en cuenta en 13 ocasiones

- La existencia de denuncias cruzadas se considera factor relevante para concluir en la existencia de una situación conflictiva en la pareja que repercuta negativamente en el interés de los hijos (SAP Madrid de 21 de abril de 2015, Rec. 777/2014). También es un indicio de conflictividad el que la relación se haya judicializado en la vía penal (SAP Madrid de 15 de diciembre de 2015, Rec. 460/2015).
- El entorpecimiento de las relaciones padre-hijo, por parte de la madre, es un factor que dificulta la instauración de un sistema de custodia compartida (SAP Madrid de 28 de julio de 2014, Rec. 38/2014⁷).
- Una prueba de la conflictividad es que la recogida del hijo se hace en el punto de encuentro (SAP Madrid de 31 de mayo de 2013, Rec. 1126/2012).

⁴ Ha sido confirmada por STS de 26 de octubre de 2016.

⁵ Ha sido casada por STS de 17 de febrero de 2017 (Rec. 2930/2015) para la que esta distancia es escasa, principalmente en una metrópoli como Madrid.

⁶ Ha sido confirmada por STS de 21 de diciembre de 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 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.

⁷ Ha sido confirmada por STS de 27 de octubre de 2016.

- Destaca el papel jugado por el correo electrónico. Se considera que el hecho de que los progenitores se comuniquen sólo por correo electrónico no implica falta de comunicación (SAP Madrid de 19 de junio de 2013, Rec. 117/2012; SAP Madrid de 13 de febrero de 2014, Rec. 1399/2012). Un caso peculiar, es el analizado en la SAP Madrid de 22 de mayo de 2015 (Rec.677/2014 – confirmada por STS de 21 de septiembre de 2016-) donde tras la separación, los progenitores continuaron residiendo en la vivienda conyugal, de forma independiente y pese a ello solo se comunicaban por SMS, lo que revela una incapacidad absoluta de diálogo.

- Llama la atención que pese a que los progenitores *de facto*, mantenían un sistema de alternancia semanal en la custodia de los menores, la AP, en contra de lo establecido en la instancia, la deniegue con base, entre otros factores, en las malas relaciones de la pareja (SAP Madrid de 22 de abril de 2015- la sentencia ha sido casada por la STS de 17 de febrero de 2017, que aprecia todo lo contrario, esto es, el hecho de que hubiera un acuerdo entre las partes revela su capacidad de diálogo.)

C. Informe psicosocial

Se ha tenido en cuenta en 30 ocasiones

Hasta la fecha, ha venido siendo prácticamente determinante el contenido del informe a la hora de acordar (SAP Madrid de 28 de junio de 2013, Rec. 518/2013; SAP Madrid de 21 de mayo de 2014, Rec. 1567/2012; SAP Madrid de 26 de diciembre de 2014 (Rec. 353/2014), SAP Madrid de 2 de diciembre de 2014, Rec. 694/2014; SAP Madrid de 27 de junio de 2014, Rec. 911/2013; SAP Madrid de 19 de junio de 2015, Rec. 1286/2014; SAP Madrid de 29 de mayo de 2015, Rec. 814/2014 –que insinúa que la madre se mueve por el interés de mantener el piso, que es propiedad del padre-, SAP Madrid de 10 de diciembre de 2015,, Rec. 260/2015; SAP Madrid de 15 de diciembre de 2015, Rec. 460/2015; SAP Madrid de 4 de diciembre de 2015, Rec. 405/2015; 2 SSAP Madrid de 6 de noviembre de 2015, Rec. 1398/2014 y Rec. 61/2015) o denegar la modalidad compartida (SAP Madrid de 11 de noviembre de 2014, Rec. 1720/2012⁸; SAP Madrid de 5 de junio de 2013, Rec. 1246/2012; SAP Madrid de 11 de febrero de 2014, Rec. 161/2013; SAP Madrid de 18 de diciembre de 2015, Rec. 321/2015; dos SSAP Madrid de 15 de diciembre de 2015, Rec. 460/2015 y Rec.407/2015; SAP Madrid de 4 de diciembre de 2015, Rec. 405/2015; SAP Madrid de 6 de noviembre de 2015, Rec. 1398/2014).

La ausencia de informe psicosocial, que no fue solicitado por las partes ni se acordó de oficio, inclinan a la Audiencia a mantener la custodia de la madre (SAP Madrid de 16 de julio de 2013, Rec. 1184/2012; SAP Madrid de 23 de abril de 2014, Rec. 1421/2013; SAP Madrid de 4 de febrero de 2014, Rec. 1240/2013). Como excepción, en la SAP Madrid de 10 de diciembre de 2015, pese a no haberse practicado prueba pericial psicosocial en ninguna instancia, de los hechos se concluye que lo más adecuado es la guarda y custodia. Llama la atención la SAP Madrid de 22 de abril de 2015, porque denegó la custodia

⁸ Ha sido confirmada por la STS de 20 de abril de 2016.

compartida con base, entre otros motivos, en la inexistencia de informes psicosociales en ninguna de las instancias, aunque el informe fue solicitado en segunda instancia y rechazado por la propia Audiencia Provincial, contra cuya resolución se interpuso recurso de reposición que también fue desestimado por auto de 10 de septiembre de 2014. Esta sentencia ha sido casada por la STS de 17 de febrero de 2017, pues mientras en el auto referido se niega la necesidad del informe psicosocial, en el FDD primero de la resolución recurrida se hace una loa a la necesidad de dicho informe.

En ocasiones, pese a reconocer la implicación de ambos progenitores y la comunicación fluida entre los mismos, la AP no se decanta por la custodia compartida, debido a que el informe psicosocial no resulta claro respecto de esta cuestión (SAP Madrid de 29 de julio de 2013, Rec. 689/2013)

En algunos casos, es el propio progenitor que solicita la custodia compartida, quien supedita el acogimiento de su pretensión al informe del equipo psicosocial, y así lo recuerda la Audiencia cuando deniega la custodia compartida (SAP Madrid de 3 de diciembre de 2013, Rec. 1731/2012; SAP Madrid de 11 de febrero de 2014, Rec. 161/2013; SAP Madrid de 4 de diciembre de 2015, Rec. 405/2015).

El informe denegatorio se basa en criterios tales como:

- la necesidad de un período previo de adaptación dado el carácter de los padres (impulsivo, inflexible en la negociación) y por implicar el padre a los hijos en el conflicto (SAP Madrid de 11 de noviembre de 2014, Rec. 1720/2012⁹).
- la situación de convivencia con la madre, como consecuencia de lo acordado en medidas provisionales, se ha normalizado (SAP Madrid de 10 de enero de 2014, Rec. 2/2013; SAP Madrid de 15 de diciembre de 2015, Rec. 460/2015; SAP Madrid de 4 de diciembre de 2015, Rec. 405/2015)
- ha sido la madre quien ha cubierto en mayor medida las necesidades del menor desde su nacimiento (SAP Madrid de 28 de julio de 2014, Rec. 38/2014¹⁰), en muchas ocasiones, provocado por el alargamiento de los horarios laborales del padre (SAP Madrid de 11 de febrero de 2014, Rec. 161/2013).
- los enfrentamientos reiterados entre los progenitores (SAP Madrid de 5 de junio de 2013, Rec. 1246/2012; SAP Madrid de 23 de octubre de 2013, Rec. 1655/2012)
- tras examinar al grupo familiar, llega a la conclusión de que los progenitores tienen diferencias en el mantenimiento de los hábitos y estilo educativo de los hijos, que obstaculizaría la colaboración interparental. Los padres desempeñan roles diferentes: la madre más orientada a los cuidados básicos y el padre, más orientado a la realización de actividades (SAP Madrid de 3 de diciembre de 2013, Rec. 1731/2012).
- la necesidad de atención a la crianza del hijo menor, debido a su edad (SAP Madrid de 3 de diciembre de 2013, Rec. 1731/2012).

⁹ Ha sido confirmada por la STS de 20 de abril de 2016.

¹⁰ Ha sido confirmada por STS de 276 de octubre de 2016.

- los progenitores están priorizando sus intereses. Por ejemplo, en el caso del padre existe un miedo a perder la vivienda conyugal (el domicilio donde había vivido desde niño y donde tenía su despacho) y la madre se victimiza, siendo reacia a cambiar la situación actual (SAP Madrid de 29 de julio de 2013, Rec. 689/2013).
- no existe ningún vínculo parental, entre el padre y el hijo, en el momento de hacer la evaluación (es un proceso de reconocimiento de paternidad) y no detecta en ninguno de los progenitores un deseo real de ejercer la coparentalidad (SAP Madrid de 18 de diciembre de 2015, Rec. 321/2015).
- las dificultades del padre para atender a sus hijas cuando le surgen imprevistos en su actividad profesional (encargos de trabajo repentinos), que cubriría acudiendo a amigos. Sin embargo, el entorno materno no precisa de estas ayudas, aun puntuales, de personas extrañas a su cuidado (SAP Madrid de 1 de diciembre de 2015, Rec. 361/2015).
- La SAP Madrid de 22 de abril de 2015 ha llamado la atención sobre las diferencias que se observan en el funcionamiento de los equipos psicosociales adscritos a juzgados, según la circunscripción: “Pero previamente cabe advertir, y como crítica, la enorme diferencia que se observa en el trato de los organismos públicos con los Juzgados de la periferia de Madrid, con los pueblos de la Comunidad de Madrid, y en concreto en temas de "familia". En efecto, nos encontramos con un tema delicado, sensible, como es la concesión de la guarda y custodia de unos hijos y echamos de menos la intervención del Ministerio Fiscal emitiendo informe preceptivo; y se echa en falta dictamen de especialistas debidamente cualificados relativo a la idoneidad de este modo de ejercicio de custodia compartida”.

D. La opinión del menor

Se ha tenido en cuenta en 17 ocasiones

Se tiene en cuenta en la valoración del informe psicosocial. En algunos casos, el propio hijo manifiesta que está cansado de cambiar de domicilio (SAP Madrid de 3 de diciembre de 2013, Rec. 1731/2012).

Resulta habitual que los hijos no quieran cambiar sus rutinas, pero manifiesten el deseo de estar más tiempo con el padre, lo que se traduce en el mantenimiento de la custodia exclusiva para la madre con ampliación del régimen de visitas (SAP Madrid de 29 de julio de 2013, Rec. 689/2013).

Cuando son varios hijos con peticiones contradictorias, se opta por mantener el *status quo*, para no separarles (SAP Madrid de 29 de julio de 2013, Rec. 689/2013).

E. La edad del menor

Se ha tenido en cuenta en 8 ocasiones

En algunas ocasiones el propio informe psicosocial aconseja un período progresivo que, tras una fase de custodia exclusiva con progresiva ampliación del régimen de visitas, dé paso a la custodia compartida, lo que exigirá una posterior reevaluación del juez (SAP Madrid de 11 de noviembre de 2014, Rec. 1720/2012¹¹). En algunas ocasiones, dicho período transitorio finaliza cuando los hijos alcanzan una determinada edad (SAP Madrid de 25 de febrero de 2014 (Rec. 232/2013), donde la propia sentencia de divorcio preveía el cambio a la custodia compartida cuando la hija cumpliera 4 años; SAP Madrid de 29 de mayo de 2015 (Rec. 814/2014), donde se establece que cuando la niña cumpla 8 años, regirá la custodia compartida).

F. El informe del Ministerio Fiscal

Se ha tenido en cuenta en 10 ocasiones

No es un factor decisivo. Como regla general no se da importancia al hecho de que el Ministerio Fiscal no lo haya solicitado (SAP Madrid de 28 de junio de 2013, Rec. 518/2013) o directamente se rechaza su carácter vinculante (SAP Madrid de 21 de mayo de 2014, Rec. 1567/2012). Se tiene en cuenta, junto con el resto del material probatorio, para reforzar la decisión de no conceder la custodia compartida (SAP Madrid de 21 de abril de 2015, Rec. 777/2014; SAP Madrid de 23 de abril de 2014, Rec. 1421/2013) o de reconocerla.

G. Posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral

Se ha tenido en cuenta en 10 ocasiones

Se valora de forma muy positiva que ambos progenitores por su trabajo puedan organizarse para atender al menor (SAP Madrid de 13 de febrero de 2014, Rec. 1399/2012).

Cuando no existe la misma flexibilidad por ambas partes, se valora que la madre tenga más disponibilidad de tiempo, con la ayuda de sus padres, dedicándose el padre en mayor medida a su trabajo, siendo su disponibilidad horaria más reducida, por lo que se mantiene la custodia exclusiva para la madre (SAP Madrid de 9 de abril de 2014, Rec. 815/2013). En la SAP Madrid de 15 de diciembre de 2015 (Rec. 460/2015), se valora que el padre no tenga una infraestructura adecuada al ejercicio de la custodia compartida, de modo que en el caso de resultarle imposible la estancia con los menores, debería recurrir a la madre (se deniega la custodia compartida, pese a que la Sala reconoce la fuerte implicación del padre).

En sentido contrario, otras sentencias consideran que las dificultades de organización del padre, quien va a precisar ayuda externa, no son obstáculo para reconocer la custodia compartida (SAP Madrid de 21 de mayo de 2014, Rec. 1567/2012; SAP Madrid de 28 de junio de 2013, Rec. 518/2013).

¹¹ Ha sido confirmada por la STS de 20 de abril de 2016.

Es muy interesante la SAP Madrid de 10 de diciembre de 2015 (Rec. 260/2015), porque la madre alegaba que, al encontrarse en situación de desempleo, era más beneficioso que las hijas permanecieran con ella en vez de con terceros ajenos al grupo familiar, argumento que rechaza la Sala ya que es una situación temporal. Se daba la circunstancia, además, de que el padre tenía flexibilidad horaria, lo que le permitía concentrar su actividad laboral en la semana en la que las niñas no permanecieran con él, liberando el resto del tiempo para atender a sus hijas.

Como se ha visto, el recurso a cuidadores no es obstáculo para negar la custodia compartida, salvo que revele una dejación de funciones por el padre. Así, en la SAP Madrid de 18 de diciembre de 2015 (Rec. 321/2015) se valora el hecho de que el padre, durante el tiempo que tenía disponible, no permanecía con su hijo, sino que delegaba en cuidadores, lo que lleva a la Sala a rechazar el cambio de la modalidad de custodia.

H. La existencia de la figura de un “cuidador principal” durante la convivencia

Se ha tenido en cuenta en 19 ocasiones

Se valora especialmente que la madre haya sido la cuidadora principal y que el padre haya empezado a mostrar mayor interés por la prole a raíz de la ruptura (SAP Madrid de 21 de abril de 2015, Rec. 777/2014¹²; SAP Madrid de 9 de abril de 2014, Rec. 815/2013).

Un caso especial se recoge en la SAP Madrid de 14 de abril de 2014 (Rec. 449/2013¹³), ya que la ruptura se produjo cuando la madre estaba embarazada, por lo que difícilmente la Sala puede valorar la práctica anterior de los progenitores, ya que la menor no iba a retornar al modelo anterior, sino que sería iniciarlo “ex novo”. Ello explica que la hija, tras la exploración, diga que está cómoda con ambos, pero que le gusta vivir como actualmente con su madre, como siempre ha hecho, pues cuando se separaron sus padres “ella estaba en la tripita de su mamá”.

Los amplios horarios del padre durante la convivencia y la mayor dedicación de la madre, que o bien no trabaja, o bien tiene más flexibilidad, explican que la madre haya sido la “cuidadora principal” y decantan la custodia hacia la madre (SAP Madrid de 11 de febrero de 2014, Rec. 161/2013).

El hecho de que antes de la ruptura ambos progenitores compartieran las responsabilidades familiares, aunque fuera auxiliados por sus respectivas familias hace decantarse a la Audiencia hacia el régimen de custodia compartida (SAP Madrid de 26 de diciembre de 2014, Rec. 523/2014; SAP de 2 de diciembre de 2014, Rec. 694/2014; SAP Madrid de 15 de diciembre de 2015, Rec. 460/2015).

¹² Ha sido confirmada por la STS de 20 de abril de 2016.

¹³ Ha sido confirmada por la STS de 17 de julio de 2015.

En la SAP Madrid de 19 de noviembre de 2015, es más determinante el papel asumido tradicionalmente por la madre, que la flexibilidad horaria del padre y proximidad de domicilios. Si bien, se hace referencia a que la custodia compartida exige un mínimo de comunicación y consenso, aunque no se dibuja un panorama de conflicto que repercuta negativamente en los hijos.

I. Aportación de un plan de parentalidad

Se ha tenido en cuenta en 5 ocasiones

Se tiene en cuenta en la SAP Madrid de 21 de abril de 2015 (Rec. 777/2014)¹⁴ que reprocha al padre que omita “descripción de proyecto viable de custodia, puesto que en el propio interrogatorio practicado en dicha vista, se limitó a verbalizar la mera disponibilidad horaria y la intención de fijar el domicilio en las proximidades del centro escolar en el que vienen matriculados los niños, sin expresar nada en orden a pautas educativas, a cuidados cotidianos, a organización sanitaria...etc. En estas circunstancias, la instauración de una custodia compartida alternativa, hubiera exigido que el padre, ya en la instancia, ya en la alzada, dejara descartado todo riesgo de pérdida de la actual estabilidad de que gozan hoy por hoy Eulogio y Gustavo en el entorno de su madre, pues no avala adecuadamente, carga de la prueba u onus probandi que sólo a él incumbe (artículo 217 de la L.E.Civil), que el cambio pretendido no repercuta negativamente en el dicho grado de estabilidad actual”. En esta y en otras sentencias se insiste en que no es suficiente con manifestar la intención de trasladar el domicilio a las proximidades del centro escolar de los hijos, sino que es preciso materializarlo (SAP de 11 de diciembre de 2015, Rec. 426/2015).

También se valora su ausencia como un factor más para denegar la custodia compartida en la SAP Madrid de 13 de febrero de 2015 (Rec. 551/2014).

J. Mantenimiento del *status quo*

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

¹⁴ Ha sido confirmada por la STS de 20 de abril de 2016.

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 2014¹⁵, 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)¹⁶ la madre es quien abandona el domicilio familiar con la 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 *status 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. 1802/2012¹⁷).

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

¹⁵ Ha sido casada por la STS de 4 de febrero de 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”.

¹⁶ Ha sido confirmada por STS de 21 de diciembre de 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 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.

¹⁷ Ha sido casada por STS de 18 de noviembre de 2014, porque petrifica la situación del menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido”.

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)

K. Existencia *de facto* de un régimen de custodia compartida

Se ha tenido en cuenta en 12 ocasiones

Un grupo de sentencias considera que *de facto* ya existe una situación de custodia compartida y no es necesario dar el paso a lo que se considera una medida drástica, la custodia compartida (SAP Madrid de 21 de abril de 2015, Rec. 777/2014¹⁸; SAP Madrid de 27 de marzo de 2016, SAP Madrid de 22 de diciembre de 2015, Rec. 319/2015). Otras en cambio, consideran que es necesario dar el nombre jurídico que corresponde, reconociendo la custodia compartida (SAP Madrid de 13 de mayo de 2015, Rec. 951/2014; SAP Madrid de 13 de enero de 2015, Rec. 63/2014 –dice la sentencia que, partiendo de que este sistema está funcionando de facto, y que no se ha acreditado que ello supusiera algún perjuicio, riesgo o disfunción para el desarrollo psicoevolutivo de los menores, aconsejan dotar de mayor estabilidad al sistema del cuidado cotidiano del menor fijando así un ambiente mejor estructurado).

En ocasiones, se dice que no se quiere cambiar de nombre (pese a existir de hecho una custodia compartida), por las implicaciones que ello tiene respecto de la pensión de alimentos, lo que está enturbiando lo que, hasta entonces, era una relación fluida entre los progenitores (SAP Madrid de 29 de julio de 2013, Rec. 689/2013).

L. Error en el *petitum*: Realmente no se solicita una guarda y custodia compartida, sino un régimen monoparental con amplio régimen de visitas.

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

M. Es un procedimiento de modificación de medidas definitivas ¿existe variación sustancial de las circunstancias?

Se ha tenido en cuenta en 20 ocasiones

¹⁸ Ha sido confirmada por la STS de 20 de abril de 2016.

- Resulta habitual mantener el régimen de custodia exclusiva acordado en el proceso de origen, con el argumento de que dicho sistema ha funcionado bien (SAP Madrid de 24 de febrero de 2015, Rec. 635/2014¹⁹). Llama la atención que en algunas ocasiones la Sala no aprecia que haya habido una variación sustancial de los hechos y sin embargo, una variación en las circunstancias laborales y materiales del padre sí se tengan en cuenta para mantener la custodia exclusiva, pero ampliando los períodos de estancia con el padre (SAP Madrid de 24 de febrero de 2015, Rec. 635/2014).

- Tampoco se valora el cambio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional como un factor para apreciar que se ha producido una variación sustancial de los hechos (SAP Madrid de 13 de febrero de 2015, Rec. 551/2014²⁰; SAP Madrid de 21 de noviembre de 2013, Rec. 1347/2012²¹; SAP Madrid de 18 de diciembre de 2015, Rec. 321/2015 –ni siquiera el cambio legislativo supondría una variación sustancial-).

- La edad de los hijos no es un factor relevante que justifique la modificación de la guarda y custodia, porque era una circunstancia previsible en el pronunciamiento contenido en la sentencia de divorcio (SAP Madrid de 13 de febrero de 2015, Rec. 551/2014²²; SAP Madrid de 1 de diciembre de 2015, Rec. 161/2015).

¹⁹ Sentencia casada por la STS de 29 de marzo de 2016, precisamente, porque la AP no ha tenido en cuenta para conceder la custodia compartida el cambio de circunstancias en el padre y la fluida comunicación con el hijo: “La sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a este, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 CC en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan, pues ninguna se dice salvo que funciona el sistema de convivencia instaurado en la sentencia de divorcio. Antes al contrario. Al régimen amplio de comunicaciones establecido en la sentencia, se añade un buen nivel de relaciones entre los progenitores (nada en contra dice la sentencia), una comunicación entre padre e hijo extensa, intensa y abundante que actualmente se asemeja a la custodia compartida y unas concretas circunstancias laborales y materiales concurrentes en el recurrente que le permiten afrontar las obligaciones que derivan de dicha convivencia.”

²⁰ La sentencia ha sido confirmada por la STS de 3 de mayo de 2016, aunque rechaza este fundamento jurídico y considera que el cambio de jurisprudencia sí es un factor relevante: “asimismo se ha de tener en cuenta que al tiempo de dictarse la sentencia de divorcio el régimen de guarda y custodia compartida era un régimen ciertamente incierto, como ha demostrado la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad, e incluso la doctrina del TC sobre el artículo 92.8 CC (STC de 17 de octubre 2012). Lo expuesto explica otra de las objeciones de la sentencia recurrida, cual es, la de no comprender que si el régimen que ahora se postula era el idóneo, no lo propugnara el padre en la litis del divorcio, en la que solicitó la atribución para sí de la guarda y custodia de los menores. Tales circunstancias justifican suficientemente que pueda pretenderse, al tiempo en que se interesa, una modificación del régimen de guarda y custodia de los hijos, por entenderse que el escenario contemplado en su día se ha modificado de forma relevante.”

²¹ Ha sido casada por STS de 22 de octubre de 2014.

²² La STS de 3 de mayo de 2016, aunque confirma la sentencia, rechaza este argumento jurídico: “La sentencia recurrida contradice la doctrina de la Sala que se ha expuesto, al negar relevancia al cambio de circunstancias alegadas por el recurrente, por entender que no tienen entidad suficiente para justificar la modificación del régimen de guarda y custodia de los hijos. Se ha de tener en cuenta que los hijos tienen, al solicitarse la modificación de la medida, 4 y 7

- Se valora el corto espacio de tiempo transcurrido desde el proceso donde se acordó la custodia exclusiva y la presentación de demanda de modificación de medidas (SAP Madrid de 24 de marzo de 2015, Rec. 1671/2015²³ donde sólo había transcurrido un año desde que fue aprobada la propuesta de convenio, por lo que se deniega el cambio).

- En ocasiones, el padre solicita modificación de medidas porque ambas partes han estado de acuerdo en ir flexibilizando el régimen de custodia exclusiva a favor de la madre, con una ampliación del régimen de visitas. Algunas sentencias consideran que se ha producido una variación sustancial (SAP Madrid de 19 de junio de 2015, Rec. 1286/2014). En otras, sin embargo, se mantiene la custodia exclusiva con base en el informe psicosocial que hace hincapié en el hecho de que a raíz de la presentación de la demanda de modificación de medidas, la situación entre los padres se hizo más conflictiva, implicando en ello a la hija (SAP Madrid de 23 de abril de 2014, Rec. 1421/2013²⁴). También deniega la custodia compartida la SAP Madrid de 21 de noviembre de 2013 (Rec. 1347/2012)²⁵ debido a la falta de acuerdo de los padres respecto de la forma de concretarla, lo que le lleva a sospechar que lo que realmente interesa a los padres es el uso de la vivienda familiar. Otras, sin más, consideran que no es necesario cambiar el nombre de la custodia (SAP Madrid de 22 de diciembre de 2015, Rec. 319/2015).

- El deseo de la hija de pasar más tiempo con su padre, no es cambio sustancial de hecho ni objetivo de circunstancia, que pueda prevalecer frente a la realidad de que la madre está ejerciendo la guarda y custodia en su día concedida a su favor (SAP Madrid de 23 de abril de 2014, Rec. 1421/2013). El deseo del hijo de estar más tiempo con el padre, como mucho se tiene en cuenta para ampliar el régimen de visitas. En el convenio regulador del divorcio, no se tuvo en cuenta ni la edad ni el futuro deseo del hijo, como factores que podrían provocar en el futuro un cambio de régimen (SAP Madrid de 21 de marzo de 2014, Rec. 1360/2013).

N. Interés del solicitante que se infiere de su actuación procesal

En los procesos de modificación de medidas, se da mucha relevancia, para no conceder la custodia compartida, a que en el proceso de divorcio o separación el ahora recurrente no hubiera solicitado la custodia compartida. No se tiene en cuenta que en el momento de dictarse aquella sentencia el régimen de custodia

años respectivamente, esto es, dos más que cuando se dictó la sentencia de divorcio el 18 de febrero de 2011”

²³ Ha sido confirmada por STS de 9 de marzo de 2016.

²⁴ Ha sido casada por la STS de 17 de noviembre de 2015, que, precisamente, valora que las propias partes hubiesen flexibilizado mucho la custodia exclusiva de la madre, evolucionando hacia un régimen muy parecido a la custodia compartida.

²⁵ Ha sido casada por STS de 22 de octubre de 2014, que ve en el hecho de que los padres de común acuerdo hayan flexibilizado el régimen de custodia exclusiva, una prueba de la armonía existente entre ellos.

compartida era incierto (SAP Madrid de 13 de febrero de 2015, Rec. 551/2014²⁶; SAP Madrid de 10 de enero de 2014, Rec. 2/2013²⁷).

Cuando la madre ha tenido la custodia desde la separación del matrimonio, resulta sospechoso que sólo cuando el padre contesta a la demanda de divorcio presentada por la mujer, pida la custodia compartida (SAP Madrid de 16 de julio de 2013, Rec. 1184/2012; SAP Madrid de 4 de febrero de 2014, Rec. 1240/2013 –en este caso, el padre está conforme con la custodia de la madre y sólo cuando la madre presenta demanda de guarda y custodia, él solicita la compartida-).

Algunas sentencias deducen del hecho de que el padre pidiera en primer lugar la custodia exclusiva y sólo de forma subsidiaria la compartida, la falta de interés real por dicha modalidad (SAP Madrid de 1 de abril de 2014, Rec. 401/2013; SAP Madrid de 11 de febrero de 2014, Rec. 161/2013).

Sin embargo, se valora muy favorablemente para conceder la custodia compartida el hecho de que hubiera sido el padre quien acudió al Juzgado para resolver y organizar la situación que se había creado con la ruptura de la convivencia, pidiendo la custodia compartida y quien acudió a mediación no haciéndolo la madre (SAP Madrid de 10 de diciembre de 2015, Rec. 260/2015).

²⁶ La sentencia ha sido confirmada por la STS de 3 de mayo de 2016, aunque rechaza este fundamento jurídico y considera que el cambio de jurisprudencia sí es un factor relevante: “asimismo se ha de tener en cuenta que al tiempo de dictarse la sentencia de divorcio el régimen de guarda y custodia compartida era un régimen ciertamente incierto, como ha demostrado la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad, e incluso la doctrina del TC sobre el artículo 92.8 CC (STC de 17 de octubre 2012). Lo expuesto explica otra de las objeciones de la sentencia recurrida, cual es, la de no comprender que si el régimen que ahora se postula era el idóneo, no lo propugnara el padre en la litis del divorcio, en la que solicitó la atribución para sí de la guarda y custodia de los menores. Tales circunstancias justifican suficientemente que pueda pretenderse, al tiempo en que se interesa, una modificación del régimen de guarda y custodia de los hijos, por entenderse que el escenario contemplado en su día se ha modificado de forma relevante.”

²⁷ Ha sido casada por STS de 15 de junio de 2015 que considera que lo que la Audiencia califica como postura “oscilante” se justifica porque la posición del padre se ha ido adaptando a los cambios de la jurisprudencia del TS y del TC.

3.2. CANTABRIA

3.2.1. ANÁLISIS CUANTITATIVO

Se han seleccionado 10 sentencias. Los criterios que se han aplicado han sido los siguientes:

Del examen realizado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª. Reconocen la custodia compartida: 9 (90%)

- En ambas instancias: 6
- Sólo en la primera instancia: 0
- Sólo en la Audiencia provincial: 3

2ª. No reconocen la custodia compartida: 1 (10%)

3ª. Han sido casadas por el Tribunal Supremo: 1

- El TS dice que sí procede la custodia compartida: 1
- El TS dice que no procedía la custodia compartida: 0

4ª. Han sido confirmadas por el Tribunal Supremo: 0

- El TS confirma que no procede la custodia compartida: 0
- El TS confirma que sí procedía la custodia compartida: 0

5ª. ¿Quién solicita la custodia compartida? En 9 casos ha sido el padre y en 1 caso la madre.

6ª. ¿En qué procedimientos han recaído?

- Divorcio/separación: 4
- Guarda y custodia/relaciones paterno-filiales: 2
- Modificación de medidas: 4. No se constata que exista mayor dificultad para obtener la custodia compartida en proceso de modificación de medidas. Se ha reconocido en tres ocasiones de los cuatro procesos (75%) y, además, en ambas instancias.

7ª. Como se verá a continuación, el factor más determinante es el informe psicosocial.

3.2.2. ANÁLISIS CUALITATIVO

A. La distancia entre domicilios

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

B. La conflictividad en la pareja

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

C. Informe psicosocial

Se ha tenido en cuenta en 5 ocasiones.

- En cinco de las diez sentencias analizadas este factor es determinante, siendo el que se tiene en cuenta en un mayor número de ellas (SAP de 30 de octubre de 2015, SAP de 2 de julio de 2015, SAP de 10 de octubre de 2014, SAP de 15 de julio de 2014 y SAP de 10 de julio de 2014). En todas, menos en una ocasión (SAP de 10 de octubre de 2014), el informe es a favor de la custodia compartida.

- En los casos en los que no existiendo informe psicosocial se ha establecido la custodia compartida ha sido porque según la Sala no existen motivos de peso para no establecer dicho régimen (SAP de 6 de mayo de 2015, SAP de 7 de octubre de 2014, SAP 16 de julio de 2014, SAP de 20 de marzo de 2014).

- En una ocasión se establece la custodia exclusiva en base al informe psicosocial (SAP de 10 de octubre de 2014).

D. La opinión del menor

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

- En una ocasión (SAP de 10 de octubre de 2014) la opinión del menor se tiene en cuenta, junto con el informe psicosocial, para establecer la custodia exclusiva.

- Es llamativo el hecho de que conste que se ha escuchado al menor, sea por referencia al informe psicosocial, sea por exploración judicial, en cuatro ocasiones (SAP de 2 de julio de 2015, SAP de 6 de mayo de 2015, SAP de 10 de octubre de 2014 y SAP de 15 de julio de 2014), pero sólo se haya tenido en cuenta su opinión en una, a la que ya nos hemos referido. En las otras tres ocasiones, se justifica por parte de la Sala en base, bien a que el menor es de corta edad para tener en cuenta su opinión, bien a que el deseo manifestado no es tajante.

E. La edad del menor

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión

F. El informe del Ministerio Fiscal

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

G. Posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

H. La existencia de la figura de un “cuidador principal” durante la convivencia

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

- Esta circunstancia se ha tenido en cuenta en la SAP de 16 de julio de 2014, concediendo ahora la custodia compartida que rechazó el Juez de 1ª Instancia y en base, además, a la modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el pleito anterior.

I. Aportación de plan de parentalidad

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

J. Mantenimiento del *status quo*

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

- Se ha tenido en cuenta en la SAP de 29 de diciembre de 2015 (es lo que han venido haciendo hasta ahora y no puede decirse que no haya sido beneficioso).

K. Existencia *de facto* de un régimen de custodia compartida

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

L. Error en el *petitum*

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

M. Es un procedimiento de modificación de medidas definitivas ¿existe variación sustancial de las circunstancias?

Se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones.

- En una ocasión sirve para mantener la custodia a favor de la madre, en base al poco tiempo transcurrido (6 meses) desde el pleito anterior (SAP de 10 de octubre de 2014); en el otro caso (SAP de 16 de julio de 2014) la Sala revoca la sentencia de 1ª Instancia en base a que no hay motivo de peso que lo impida y en que las circunstancias han cambiado porque el padre tiene un incapacidad laboral reconocida que le permite ocuparse del menor ahora.

N. Interés del solicitante que se infiere de su actuación procesal

No se aprecia que se tenga en cuenta.

3.3. ASTURIAS

3.3.1. ANÁLISIS CUANTITATIVO

Se han seleccionado 20 sentencias.

Del examen realizado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª Reconocen la custodia compartida en la Audiencia Provincial: 9 (45%)

- En ambas instancias: 8
- Sólo en la primera instancia: 1
- Sólo en la Audiencia provincial: 1

2ª. No reconocen la custodia compartida: 11(55%)

3ª. Han sido casadas por el Tribunal Supremo: 0

- El TS dice que sí procede la custodia compartida: 0
- El TS dice que no procedía la custodia compartida: 0

4ª. Han sido confirmadas por el Tribunal Supremo: 1

- El TS confirma que no procede la custodia compartida: 1
- El TS confirma que sí procedía la custodia compartida: 0

5ª. ¿Quién solicita la custodia compartida? En todos los casos, ha sido el padre.

6ª. ¿En qué procedimientos han recaído?

- Divorcio/separación: 8
- Guarda y custodia/relaciones paterno-filiales: 4
- Modificación de medidas: 8. Se constata que existen mayores dificultades para obtener la custodia compartida en proceso de modificación de medidas. Se ha reconocido sólo en tres ocasiones: 1 en AP, 2 en ambas instancias, 1 en primera instancia pero no en AP. En 4 ocasiones se ha denegado en ambas instancias.

7ª. Como se verá a continuación, el factor que más se ha valorado es la conflictividad, seguido del informe psicosocial, y de la conciliación de la vida familiar y laboral.

3.3.2. ANÁLISIS CUALITATIVO

A. La distancia entre los domicilios

Se ha tenido en cuenta en 5 ocasiones

- No puede determinar la denegación de la custodia compartida la problemática planteada en relación a la determinación de la guardería o centro escolar en el que en un futuro pueda acudir la menor. Pero el cambio de guarda y custodia exclusiva a compartida no puede modificar el centro escolar o guardería a la que acuda. Hablamos de una decisión que, los litigantes, deberán asumir de mutuo acuerdo y de no ser posible deberá solventarse en vía judicial (SAP Oviedo Sección 4 de 23 noviembre 2015. Rec. 345/2015)

- Se valora que el padre traslade su domicilio para conceder la custodia compartida (SAP Gijón Sección 7 de 31 julio 2015. Rec. 507/2014), o que ambos progenitores vivan cerca (en el mismo barrio SAP Oviedo Sección 6 20 octubre 2014. Rec. 324/2014). Si ambos progenitores viven en distintas localidades esta circunstancia se tiene en cuenta para no acordar la custodia compartida, y no se admite la solución de la alternancia temporal de cada uno de ellos en la vivienda que constituyó el domicilio familiar, cuando existe conflictividad entre ellos (SAP Oviedo Sección 6 de 16 sep. 2013. Rec. 276/2013)

- Resulta, cuando menos, curiosa la SAP Gijón Sección 7 de 16 mayo 2014. Recurso 366/2013 que concede la custodia compartida a pesar de que la madre, so pretexto de mejorar la salud del menor pretendía trasladarse con él a Granada, solicitando se le atribuyera a ella la custodia exclusiva, argumentando, además, que al comienzo de la crisis matrimonial había llegado a un pacto con su esposo a fin de trasladarse ambos a la Comunidad Autónoma de Andalucía, de la que ambos proceden. La AP considera que debe mantenerse la custodia compartida otorgada en primera instancia porque el esposo no desea ahora el traslado, con lo que sería imposible mantener en esas condiciones la Guarda y Custodia compartida.

B. La conflictividad en la pareja

Se ha tenido en cuenta en 13 ocasiones

La cordialidad ayuda a conceder la custodia compartida.

- Se valora para acordar la custodia compartida la relación cordial de los padres delante de los menores (SAP Oviedo Sección 1 de 25 noviembre 2015. Recurso 325/2015).

- Se acepta la normal conflictividad que puede suponer toda ruptura que no es obstáculo para acordar la custodia compartida (SAP Oviedo Sección 4 de 23 noviembre 2015. Recurso 345/2015), siempre y cuando no influyan sobre el menor ni le ocasionen perjuicios (SAP Gijón Sección 7 de 6 mayo 2014. Recurso 421/2013). A pesar de no existir cordialidad entre los progenitores se concede la custodia compartida (SAP Oviedo Sección 6 de 18 mayo 2015. Recurso 156/2015)²⁸. Sin embargo, la SAP Oviedo Sección 5 de 16 junio 2014. Recurso 210/2014 considera que aunque las malas relaciones entre los

²⁸ Señala: “no se trata por tanto de que ambos progenitores hayan asumido su respectiva responsabilidad en la crisis de la pareja, ni siquiera de que sus relaciones personales estén presididas por la cordialidad”

progenitores no pueden ser un obstáculo para la concesión de la custodia compartida, no la concede porque aunque el menor manifestó que deseaba pasar más tiempo con su padre, también manifestó su deseo de no vivir una semana alterna con cada progenitor, máxime si existe el inconveniente de que cada progenitor reside en una localidad distinta, por muy cercana que esté la una de la otra, así como que el menor tiene su centro escolar donde reside su madre²⁹

La conflictividad impide conceder la custodia compartida:

- Si la conflictividad entre los padres afecta al menor, hasta el punto de necesitar apoyo psicoterapéutico se tiene en cuenta para no conceder la custodia compartida (SAP Oviedo Sección 6 de 26 mayo 2014. Recurso 105/2014). Y aunque no afecte al menor, se valora como un factor negativo para denegar, junto a otros motivos, la custodia compartida (SAP Oviedo Sección 5 3 junio 2013. Recurso 230/2013).
- Queda acreditada la falta de cordialidad entre los progenitores si han acudido a la vía penal, aunque esta terminara con sentencia absolutoria, y ello se valora para no conceder la custodia compartida (SAP Oviedo Sección 6 de 16 sep. 2013. Recurso 276/2013)

Se mantiene la custodia compartida a pesar de la falta de comunicación entre los progenitores:

- La falta de comunicación desde que el padre comunicó a la madre su intención de solicitar la custodia compartida no constituye, por si sola, motivo suficiente para denegar la custodia compartida, y se acuerda (SAP Gijón Sección 7 de 31 julio 2015. Recurso 507/2014). Tampoco se tiene en cuenta para acordar la custodia compartida la conflictividad anterior sino la superación actual de la tensión (SAP Oviedo Sección 6 de 20 octubre 2014. Recurso 324/2014; SAP Oviedo Sección 4 de 14 junio 2013. Recurso 66/2013).

Se rechaza la custodia compartida por la falta de comunicación entre los progenitores:

- La SAP Oviedo (Sección 6) 9 junio 2014. Recurso 78/2014 considera que la creciente dificultad de los litigantes para mantener el contacto mínimo y coordinación que exige la custodia compartida tampoco favorece la custodia compartida y la rechaza. También, SAP Oviedo (Sección 6) 25 julio 2014. Recurso 47/2014 deniega la custodia compartida pues ésta exige que se constate la compatibilidad y complementariedad educativa de los padres y su

²⁹ Confirmada por la STS 166/2016, de 17 de marzo de 2016 (Rec. 2129/2014): Valora el conflicto de lealtades que está sufriendo el menor: "Se constata que el Tribunal, tras valorar las pruebas practicadas, considera que objetivamente no existiría inconveniente para conceder la guarda y custodia compartida solicitada por el recurrente, pero, sin embargo, con sensibilidad orientada al interés del menor, y consciente de la doctrina de esta Sala, entiende que «por el momento» se le crea al menor un problema de lealtades que le provoca ansiedad y preocupación, desfavorable para su estabilidad emocional, y de ahí que, partiendo de sus deseos, concluya como más favorable para él un régimen amplio de relación con el padre y la nueva familia de éste, cercano a la custodia compartida, pero sin que la madre, que no tiene nueva familia, pierda su custodia"

capacidad para no trasladar a los menores sus diferencias personales los padres y señala que en el caso concreto los perfiles de los progenitores de afrontamiento de los problemas comunes permiten pronosticar que no gestionaran eficazmente sus dificultades de relación, ni serán capaces de alcanzar acuerdos en beneficio mutuo y de la hija común.

C. Informe psicosocial

Se ha tenido en cuenta en 11 ocasiones

Hasta la fecha, ha venido siendo prácticamente determinante el contenido del informe a la hora de acordar (SAP Gijón Sección 7 de 31 julio 2015. Recurso 507/2014³⁰) o mantener la custodia compartida concedida en primera instancia (SAP Oviedo Sección 4 de 23 noviembre 2015. Recurso 345/2015; SAP Gijón Sección 7 de 11 junio 2014. Recurso 74/2014; SAP Gijón Sección 7 de 16 mayo 2014. Recurso 366/2013; SAP Gijón Sección 7 de 6 mayo 2014. Recurso 421/2013; SAP Gijón Sección 7 de 28 abril 2014. Recurso 102/2013³¹).

También para denegar la modalidad compartida (SAP Oviedo Sección 6 de 4 diciembre 2015. Recurso 464/2015; SAP Oviedo Sección 6 de 16 noviembre 2015. Recurso 328/2015; SAP Gijón Sección 7 22 abril 2015. Recurso 454/2014).

La SAP Oviedo Sección 5 de 16 junio 2014. Recurso 210/2014 no se decanta por la custodia compartida, debido a que el informe del perito no resulta claro respecto de esta cuestión³²

La ausencia de informes, que fueron solicitados por las partes pero que la juzgadora desestimó por considerarlos innecesarios acordó de oficio, inclinan a la Audiencia a mantener la custodia de la madre (SAP Oviedo Sección 5 de 3 junio 2013. Recurso 230/2013)

D. La opinión del menor

Se ha tenido en cuenta en 3 ocasiones

La exploración del menor también se ha tenido en cuenta para desestimar la custodia compartida si en la misma la menor (que en el momento de dictarse

³⁰ Señala: “teniendo en cuenta que ambos progenitores están capacitados para el ejercicio de las responsabilidades parentales, unido a su fuerte vinculación con ellos”

³¹ El informe manifestaba la perfecta integración de aquella al nuevo sistema su excelente vinculación con ambos progenitores y su adecuada evolución y desarrollo bio-psicológico.

³² Señala: “es cierto que en el informe emitido por el Perito judicial se señaló que por toda la evaluación realizada, y dado que el menor desea pasar más tiempo con su padre dado su deseo, y que debe disfrutar de ambos progenitores, se estimaba adecuado la ampliación del número de horas del régimen de visitas de los días entre semana y la ampliación del fin de semana hasta el lunes por la mañana. Ahora bien, no es menos cierto que, en el acto de la vista, dicho experto a preguntas de la Sra. Juez manifestó que estimaba correcta y adecuada la guarda compartida a todos los efectos”. Confirmada por la STS 166/2016, de 17 de marzo de 2016 (Rec. 2129/2014).

sentencia tenía 12 años de edad), había manifestado reticencias ante el régimen de custodia compartida pactado por los progenitores en el convenio regulador (SAP Oviedo Sección 6 de 16 noviembre 2015. Recurso 328/2015).

A veces la voluntad del menor no es muy clara y si no se muestra del todo a favor de la custodia compartida ésta se deniega: en la SAP Oviedo (Sección 5) 16 junio 2014. Recurso 210/2014 donde se señala que es cierto que en el informe emitido por el Perito judicial se señaló que el menor desea pasar más tiempo con su padre. Pero el menor manifestó que no le gustaría vivir una semana con cada progenitor, también señaló que quería estar más tiempo con su padre por semana y los fines de semana, pero que en tal caso su madre cree que se pondría triste, y no quiere que suceda esto, señalando también que lo pasa bien con su padre y la pareja de su padre así como la familia de éste. En definitiva, quiere ver más a su padre, pero quiere vivir con su madre porque no quiere verla triste, de lo que, aun cuando no lo expresase la Sra. Perito, la Sala infiere con la Sra. Juez que en el menor opera un conflicto de lealtades³³.

Si existe conflictividad entre los progenitores y los menores piden que se les aisle de ello, pidiendo estabilidad, se rechaza la custodia compartida (SAP Oviedo Sección 6 de 9 junio 2014. Recurso 78/2014).

E. La edad del menor

Se ha tenido en cuenta en 3 ocasiones

Haciendo referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2014, la SAP Oviedo Sección 4 de 23 noviembre 2015. Recurso 345/2015 analizaba el tema de la corta edad de los menores en el sentido de valorar que no desincentiva ni debe ser causa de exclusión del sistema de custodia compartida, pues señala que no hay que ignorar que esa corta edad facilita su capacidad de adaptación a nuevas situaciones como esa alternancia en la guarda y custodia.

Se valora la edad ya madura del menor (12 años) para atender sus peticiones en contra de la custodia compartida: la menor tiene doce años y conoce bien lo que puede esperar de la convivencia con cada uno de sus progenitores por la experiencia vivida desde que estos se separaron hace más de seis años (SAP Oviedo Sección 6 16 noviembre 2015. Recurso 328/2015).

La corta edad de los menores influye para acordar la custodia compartida porque es de desear que la ruptura de la convivencia marital afecte lo menos posible a los hijos, en particular cuando estos son de corta edad (SAP Oviedo Sección 4 de 14 junio 2013. Recurso 66/2013).

³³ Confirmada por la STS 166/2016, de 17 de marzo de 2016 (Rec. 2129/2014): “esta Sala, entiende que por el momento» se le crea al menor un problema de lealtades que le provoca ansiedad y preocupación, desfavorable para su estabilidad emocional, y de ahí que, partiendo de sus deseos, concluya como más favorable para él un régimen amplio de relación con el padre y la nueva familia de éste, cercano a la custodia compartida, pero sin que la madre, que no tiene nueva familia, pierda su custodia”.

F. El informe del Ministerio Fiscal

Se ha tenido en cuenta en 5 ocasiones

No es un factor decisivo. Se rechaza su carácter vinculante (SAP Gijón (Sección 7) 6 mayo 2014. Recurso 421/2013; SAP Oviedo Sección 4 de 14 junio 2013. Recurso 66/2013).

Se tiene en cuenta, junto con el resto del material probatorio, para reforzar la decisión de no conceder la custodia compartida (SAP Oviedo Sección 6 de 16 noviembre 2015. Recurso 328/2015) o de reconocerla (SAP Gijón Sección 7 de 16 mayo 2014. Recurso 366/2013)

En la SAP Oviedo Sección 5 de 3 junio 2013. Recurso 230/2013 se señala que el MF avaló la decisión de la juzgadora de desestimar la solicitud de informes que hicieron las partes, y que no existiendo por tanto estos informes que aconsejen la custodia compartida, junto con otros motivos se hace necesario denegarla.

G. Posibilidades de conciliación de vida familiar y laboral

Se ha tenido en cuenta en 11 ocasiones

Las dificultades para conciliar la vida laboral y familiar no pueden ser obstáculo para acordar la custodia compartida sobre todo cuando ambos progenitores presentan similares dificultades (SAP Oviedo Sección 4 de 14 junio 2013. Recurso 66/2013)

Pero si las dificultades son mayores para uno, porque el padre es marino mercante y esa actividad laboral la desarrollaba con antelación a contraer matrimonio y a tener la niña lo cual no supuso inconveniente para que los litigantes decidieran tener descendencia, tampoco puede ello ser obstáculo para conceder la custodia compartida (SAP Oviedo Sección 4 de 23 noviembre 2015. Recurso 345/2015)³⁴. La SAP Gijón Sección 7 de 11 junio 2014. Recurso 74/2014 señala que la mayor disponibilidad de tiempo de la madre, no sólo es circunstancial, sino que, además, no puede convertirse, por sí sola en criterio para acordar una guarda y custodia exclusiva, y mantiene la custodia compartida acordada en la instancia. Tampoco el horario laboral del padre debe considerarse como un inconveniente decisivo para el mantenimiento del régimen de custodia compartida (SAP Gijón Sección 7 de 6 mayo 2014. Recurso 421/2013). Sin embargo, la dificultad para compatibilizar el horario laboral del padre se valora por SAP Oviedo (Sección 6) 16 sep. 2013.

³⁴ Señala: "Tampoco podemos considerar relevante para denegar la guarda y custodia compartida el que el cambio en la misma tenga lugar cada setenta y cinco días aproximadamente, hecho que hay que poner en relación con la actividad profesional desarrollada por el padre".

Recurso 276/2013 para rechazar la custodia compartida y se mantiene la custodia exclusiva a favor de la madre³⁵.

Si es imposible conciliar la vida laboral y familiar con la modalidad de custodia compartida prevista en el convenio regulador, la SAP Oviedo Sección 6 de 16 noviembre 2015. Recurso 328/2015 la rechaza, porque la solución entonces prevista de la custodia compartida por meses alternos nunca llegó a ponerse en práctica por la dificultad, más bien imposibilidad, de conciliarla con las obligaciones laborales del apelante que trabajaba en turno de noche.

Se valora de forma muy positiva que ambos progenitores por su trabajo puedan organizarse para atender al menor, sobre todo si sus horarios se complementan (SAP Oviedo Sección 6 de 18 mayo 2015. Recurso 156/2015; SAP Oviedo Sección 6 de 9 junio 2014. Recurso 78/2014)

El recurso a cuidadores, a terceras personas no es obstáculo para conceder la custodia compartida (Gijón Sección 7 de 22 abril 2015. Recurso 454/2014³⁶). Incluso se valora positivamente para acordar la custodia compartida que ambos progenitores estén muy implicados en el cuidado de la menor y dispongan de medios materiales y apoyo familiar suficiente (SAP Oviedo Sección 6 de 20 octubre 2014. Recurso 324/2014; SAP Oviedo Sección 6 de 25 julio 2014. Recurso 47/2014)

H. La existencia de la figura de un “cuidador principal” durante la convivencia

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión

La SAP Oviedo (Sección 1) de 25 noviembre 2015. Recurso 325/2015 acuerda la custodia compartida teniendo en cuenta que la relación de la niña con el padre y con el entorno familiar de éste ha sido siempre correcta.

I. Aportación de plan de parentalidad

Se ha tenido en cuenta en 3 ocasiones

Si no se presenta por quien solicita la custodia compartida se valora negativamente, como la SAP Oviedo (Sección 1) 11 julio 2014. Recurso 231/2014 que señala que en ningún momento el solicitante ha sido capaz de presentar un régimen de distribución de dicha guarda.

Si se presenta, debe ser viable jurídicamente: el plan presentado en la SAP Oviedo Sección 6 9 junio 2014. Recurso 78/2014 no lo era, porque el padre pedía la custodia compartida y que se le atribuyera a él la uso de la vivienda

³⁵ Residían ambos progenitores en localidades distintas: “Si a ello se añade en este caso que, por el horario de incorporación al padre en el centro escolar en que trabaja, sito en la localidad de Gijón, donde reside, hace que sea el mismo difícilmente compatible con el horario escolar del menor, que le obliga a coger el autobús en San Claudio a las 8,30 horas”.

³⁶ Donde en realidad no se concede la custodia compartida sino que se amplían las visitas intersemanales paterno-filiales, incluyendo en las mismas la pernocta.

familiar por ser el interés más necesitado de protección y la sentencia señala que dicho modelo comportaría que los hijos tendrían que abandonar el domicilio familiar cuando les correspondiera estar en compañía del otro progenitor y ese planteamiento es frontalmente contrario a lo dispuesto en el artículo 96 del CC. . También debe ser viable económicamente: el sistema propuesto por el recurrente no parece garantizar ni la estabilidad del menor ni desde luego la de sus progenitores y dado que en la actualidad ambos se encuentran en el paro, encontrándose prácticamente agotada la prestación de desempleo del apelante, del padre que solicitaba la custodia compartida (SAP Oviedo Sección 5 de 3 junio 2013. Recurso230/2013).

J. Mantenimiento del *status quo*

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. 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).

K. Existencia de facto de un régimen de custodia compartida.

Se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones

Aunque exista *de facto*, se considera necesario dar el nombre jurídico que corresponde, reconociendo la custodia compartida (SAP Oviedo Sección 6 de 20 octubre 2014. Recurso 324/2014: la práctica realizada por el padre hasta ahora se asemeja mucho a la fórmula de la custodia compartida y puede por consiguiente suponerse razonablemente que para la menor no representará novedad sustancial³⁷; SAP Gijón Sección 7 11 junio 2014. Recurso74/2014 acuerda la custodia compartida porque los progenitores vinieron ejercitando de hecho una guarda y custodia compartida en los meses inmediatamente anteriores al dictado de la Sentencia sin que conste que se suscitasen incidencias negativas).

³⁷ Se señala que “el padre ha aprovechado cuantas oportunidades le deparaba el convenio regulador para comunicar y tener en su compañía a la hija común de manera que, además de las vacaciones y fines de semana alternos, estaba con ella las tardes de los martes y jueves manteniendo y alimentando el vínculo con la menor, que al parecer contempla la relación por separado con cada uno de sus progenitores y resto de familia extensa como algo absolutamente normal”.

L. Error en el *petitum*

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

M. Es un procedimiento de modificación de medidas definitivas ¿existe variación sustancial de las circunstancias?

Se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones

La SAP Gijón Sección 7 de 28 abril 2014. Recurso 102/2013 confirma la sentencia de instancia que estima la modificación de medidas acordando la custodia compartida porque considera que el predominante interés del menor en cada caso constituye una razón determinante de un cambio de circunstancias que permite modificar las medidas de guarda para adaptarlas a la nueva situación, y que el nacimiento de una nueva hermana en el núcleo familiar paterno, dada la perfecta integración de la menor en el mismo, no puede constituir un motivo de rechazo del sistema de custodia compartida sino por el contrario, un dato favorable para su mantenimiento en aras de garantizar la cohesión y perfecta relación familiar de los hermanos.

N. Interés del solicitante que se infiere de su actuación procesal

No se ha valorado

3.4. ANDALUCÍA

3.4.1. ANÁLISIS CUANTITATIVO

Se han seleccionado 117 sentencias.

Del examen realizado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª. Reconocen la custodia compartida en la Audiencia Provincial: 41 (35,04%)

- En ambas instancias: 30
- Sólo en la primera instancia: 6
- Sólo en la Audiencia provincial: 11

2ª. No reconocen la custodia compartida: 76 (64,95%)

3ª. Han sido casadas por el Tribunal Supremo: 8

- El TS dice que sí procede la custodia compartida: 7
- El TS dice que no procedía la custodia compartida: 1

4ª. Han sido confirmadas por el Tribunal Supremo: 5

- El TS confirma que no procede la custodia compartida: 5
- El TS confirma que sí procedía la custodia compartida: 0

5ª. ¿Quién solicita la custodia compartida? En 4 casos ha sido la madre, siendo en dos de ellos la petición de manera subsidiaria; en 8 ocasiones ambos han pedido la custodia exclusiva, siendo en 7 de ellos la petición para el solicitante y en un caso el padre pide la custodia exclusiva también para la madre; En 1 caso pide el padre la custodia compartida de manera subsidiaria; en todos los demás, esto es, en 104 casos, es el padre el que pide la custodia compartida.

6ª. ¿En qué procedimientos han recaído?

- Divorcio/separación: 48
- Guarda y custodia/relaciones paterno-filiales: 36
- Modificación de medidas: 33. No se constata que existan mayores dificultades para obtener la custodia compartida en proceso de modificación de medidas. Se ha rechazado la custodia compartida en 19 casos de los 33, negándola en las dos instancias en 18 de esos casos; en los casos de divorcio se ha denegado en 33 casos de 48, 19 de ellos en ambas instancias; en los casos de medidas de hijos no matrimoniales se ha denegado en 24 ocasiones, una de ellas en ambas instancias. Lo que sí se aprecia es una tendencia evidente a confirmar la denegación de la custodia compartida en apelación, pues de los 76 casos en que se ha denegado en apelación, en 70 ha sido en ambas instancias.

7ª Como se verá a continuación, el factor más determinante es el informe psicosocial, seguido de la conflictividad y del deseo expresado por el menor. Además, es también uno de los motivos más esgrimidos a favor o en contra de la custodia compartida el no haber sido probado el cambio sustancial de las circunstancias en los casos de modificación de medidas.

3.4.2. ASPECTOS CUALITATIVOS

A. La distancia entre domicilios

Se ha tenido en cuenta en 7 ocasiones.

- SAP de Huelva de 2 de diciembre de 2015: el padre trabaja fuera de la localidad donde viven actualmente los menores con la madre con viajes y jornadas no compatibles con los mismos.

- SAP de Huelva de 15 de julio de 2015: la Sala mantiene la custodia exclusiva al padre teniendo en cuenta el interés superior del menor, que el hijo ha estado bajo la custodia del padre desde las medidas provisionales y que se encuentra escolarizado en la ciudad donde reside con el padre, habiendo mejorado ostensiblemente sus resultados escolares, encontrándose ahora mismo en una situación de estabilidad que manifiestamente le beneficia. Además, la madre vive a una distancia de 40 kilómetros, lo que entorpecería el régimen de custodia compartida, teniendo que estar continuamente viajando y cambiando de colegio.

- SAP de Málaga 25 de junio de 2015: La flexibilidad horaria del padre tampoco ha sido probada, y además reside en otra localidad.

- SAP de Málaga de 4 de diciembre de 2014: La Sala desestima la custodia compartida en base fundamentalmente a la distancia entre los domicilios.

- SAP de Málaga de 13 de noviembre de 2014: La Sala considera que es más beneficioso para el menor continuar con su madre y su hermana mayor de edad debido a la distancia entre los domicilios y a la escasa comunicación entre los padres.

- SAP de Málaga de 10 de julio de 2013: La Sala confirma la sentencia de 1ª Instancia en base a las peticiones de los progenitores, pues aunque ambos hayan solicitado la custodia exclusiva, en la manera en la que la solicitan se trata en realidad de una custodia compartida, por lo que, para no separar al menor de su entorno, el padre ostentará la custodia durante la semana y la madre los fines de semana, porque trabaja en un lugar alejado de donde residirá el padre con el menor, considerándose todo ello lo más beneficioso para el menor.

B. La conflictividad en la pareja

Se ha tenido en cuenta en 24 ocasiones

- La existencia de conflictividad entre la pareja es un factor que, después de lo recomendado por el informe psicosocial, que es el más tenido en cuenta, es determinante para no otorgar la custodia compartida. En algunos casos se observa que esa conflictividad es recogida por el informe psicosocial como elemento fundamental para rechazarla, pero en otros casos el informe precisamente analiza dicha conflictividad llegando a la conclusión de que no es suficiente para no establecer la custodia compartida, si ello sigue siendo beneficioso para el menor y viable en la práctica. En otros casos, el Tribunal rechaza la custodia compartida a pesar de la recomendación del informe basándose precisamente en esa conflictividad y falta total de comunicación:

- SAP de Huelva de 15 de julio de 2015: a la Sala justifica la no concesión de la custodia compartida en la existencia de denuncias cruzadas.

- SAP de Málaga de 8 de julio de 2015: “Así se reitera en los más de ocho informes obrantes en autos desde el 31-10-12 al 13-7-14, hasta el punto de que en éste último lejos de solucionar el problema en interés de sus propios hijos, se refleja un mayor clima de crispación, haciendo referencia a recriminaciones referidas al inadecuado cuidado y atención de los menores por la parte contraria. Luego no se trata de una simple mala relación personal, sino que por su gravedad llega a afectar perjudicándolo el interés de aquellos creándoles inseguridades e inestabilidad de modo que difícilmente se podría hablar ya como se pretende de una capacidad mínima de entendimiento y comunicación necesarios para la custodia compartida en la que se insiste”.

- SAP de Málaga de 22 de abril de 2015: “... calificando el perito judicial en su dictamen incluso de hostil la relación entre los progenitores, ello sin duda alguna en atención a lo que los mismos manifestasen al perito durante las entrevistas con el mismo, resultando de evidencia incuestionable que ese bajo nivel de comunicación, por no decir de ausencia de comunicación, entre los progenitores se convierte en un óbice serio para acordar una custodia compartida, cuyo ejercicio adecuado en beneficio de los hijos requiere de altos niveles de comunicación, comprensión y colaboración entre los progenitores, para así alejar o apartar a los niños de todo posible conflicto interparental por mínimo que sea, que no redundaría sino en perjuicio de los mismos...”

- SAP de Huelva de 28 de enero de 2015: “Así ocurre que en este supuesto, que según el informe del EPSF, el padre y la madre tienen capacidades para ejercer sus funciones parentales y que la niña quiere estar con ambos el mayor tiempo posible, añade además el referido informe que entiende posible la custodia compartida. Sin embargo la Sala entiende que ello no es suficiente, considerando que el EPSF, expresa su conclusión de manera genérica, sin que haya analizado, aluda a las condiciones propuestas por el padre para la instauración del régimen, con estancias semanales alternas, con cada progenitor y visitas intersemanales con el progenitor que no tenga la guarda. La Sala entiende que dicho régimen propuesto por el padre no es adecuado al interés de la menor, por lo que más adelante se dirá y cuando además no puede perderse de vista que los padres no tienen buena relación, lo que redundaría en una falta de comunicación para la adopción de acuerdos que

atañen a la hija, sobre todo cuando como refleja el citado informe tienen criterios distintos sobre hábitos y organización de la vida de la menor...”

- SAP de Jaén de 26 de junio de 2014: “A la vista de tal doctrina y en atención a la prueba practicada, no compartimos la decisión adoptada en la instancia relativa a que la guarda y custodia compartida de la hija común de cuatro años de edad sea lo más conveniente para el interés de ésta, pues aun habiendo sido aconsejado por el equipo técnico de familia en el informe elaborado al efecto, ello fue contradicho por la pericial psicológica practicada a instancias de la actora, admitida en la segunda instancia, a la vista de las relaciones previas entre los progenitores, debiendo destacarse la escasa o falta de comunicación entre ellos o cierta conflictividad a la hora de entregar y recoger a la menor, así como la práctica anterior en el cuidado y atención de la menor...”

- SAP de Jaén de 27 de septiembre de 2013: “Razonándose en la instancia la consecuencia de que la guarda y custodia se le adjudique a la esposa, en razón del tiempo ya vivido por el menor con su madre, y el informe del ETF, en el que se concretan las relaciones limitadas de los progenitores. Por lo que la custodia compartida podría convertirse en un crisol de desavenencias, con repercusiones negativas en el menor, que se vería afectado tanto directa como indirectamente por las decisiones de los progenitores...”

C. Informe psicosocial

Se ha tenido en cuenta en 38 ocasiones

- El informe psicosocial, a veces sólo psicológico, del equipo o psicólogo del Juzgado es el criterio que más determina la decisión sobre la concesión o no de la custodia compartida, aunque se observan también no pocos casos en los que a pesar de la recomendación del informe, el Juez y/o el Tribunal deciden en el sentido contrario de lo que el informe establece. Por otro lado, al informe psicológico presentado por alguna de las partes no se le tiene en cuenta en prácticamente ninguna ocasión, por considerarlo parcial y no incluir el análisis de las capacidades y disponibilidad de la parte contraria.

- SAP de Huelva de 28 de enero de 2015: “Así ocurre que en este supuesto, que según el informe del EPSF, el padre y la madre tienen capacidades para ejercer sus funciones parentales y que la niña quiere estar con ambos el mayor tiempo posible, añade además el referido informe que entiende posible la custodia compartida. Sin embargo la Sala entiende que ello no es suficiente, considerando que el EPSF, expresa su conclusión de manera genérica...”

- SAP de Jaén de 6 de marzo de 2014: “A la vista de tal doctrina y en atención a la prueba practicada, la sentencia adoptó el régimen de custodia compartida con alternancia mensual y amplias visitas para el no custodio, considerando que dicho sistema es el más adecuado al interés del menor, pues contara con ambos en su vida y permitirá a los padres ejercer por igual sus derechos y obligaciones; y así consta aportado el informe emitido por el Equipo Técnico de Familia en el que se concluye recomendando la atribución para cada uno de los padres, de la guarda y custodia compartida, con carácter mensual alternativo,

el cual no fue objeto de impugnación y fue valorado por el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica, y por otra parte, tampoco se ha acreditado que la alternancia mensual afecte de manera desfavorable a la estabilidad de los menores, considerándose que la alternancia mensual acordada por el juzgador de instancia, es adecuada atendiendo a la edad de los menores y para que puedan estar con ambos en todas las etapas de su desarrollo y crecimiento...”

- SAP de Jaén de 27 de septiembre de 2013: “Razonándose en la instancia la consecuencia de que la guarda y custodia se le adjudique a la esposa, en razón del tiempo ya vivido por el menor con su madre, y el informe del ETF, en el que se concretan las relaciones limitadas de los progenitores. Por lo que la custodia compartida podría convertirse en un crisol de desavenencias, con repercusiones negativas en el menor, que se vería afectado tanto directa como indirectamente por las decisiones de los progenitores...”

- SAP de Sevilla de 24 de mayo de 2013: “... Así las cosas, tras el análisis de la prueba practicada, documental aportada e informe emitido por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia y sin dudar de las habilidades y capacidades parentales de ambos progenitores, esta Sala estima adecuada, ajustada y ponderada la atribución de la guarda y **custodia** de las menores de referencia a su madre, con quien han estado conviviendo desde su nacimiento y con mayor intensidad desde la ruptura convivencial y durante la tramitación de este procedimiento en un entorno familiar estable...”

D. La opinión del menor

Se ha tenido en cuenta en 24 ocasiones

- En las AAPP de Andalucía, al contrario que en otras regiones estudiadas, el papel que juega la opinión o deseo expresado por el menor es tenido muy en cuenta. De hecho, sólo hay un caso en el que el Tribunal decide en contra de lo expresado por el menor.

- SAP de Cádiz de 30 de diciembre de 2015: “En efecto, como la Sala ha tenido ocasión de constatar *de la exploración de las menores* (a los que se considera que son suficientemente mayores para que su decisión pueda llegar a tener trascendencia) no se puede llegar a la conclusión pretendida por el apelante. Tanto la mayor como Cinthia, han evidenciado que están bien con su madre y que quieren estar más tiempo con ella, sin que la circunstancia de que prefieran estar en casa con sus cosas, su ordenador, su habitación...” constituya elemento para articular un régimen de custodia alternativo por semanas en el domicilio familiar, pues aun cuando *literalmente* pudiera entenderse así lo consignado en el informe escrito aportado, de lo que rezuma éste es de que pese a que quieren tanto a su padre como a su madre, lo que quieren ambas es que no se cambie el sistema que actualmente tienen.

- La Sala ha llegado al convencimiento de que es más favorable para los menores continuar con el sistema de guarda y custodia actual sin que las hijas menores, pero con suficiente juicio, se muestren partidarios de una modificación de su status quo actual. Procede pues, el rechazo de la pretensión

de la custodia compartida que se pretendía pues no es lo más conveniente para el interés actual de las menores sin perjuicio de que en el futuro pueda instaurarse el régimen solicitado...”

- Este deseo no siempre es expresado en exploración judicial, a veces la sentencia se refiere a esta circunstancia a través de lo que indica el informe psicológico o psicosocial.

- Como hemos indicado, en un caso se ha escuchado al menor pero se he decidido en contra de los que manifestaba. Esta es la SAP de Cádiz de 30 de diciembre de 2013: “A la indicación de la menor realizada ante el equipo psicosocial de que le gustaría más dormir con la madre, no puede dársele más valor que un mero deseo de la menor, deseo que no tiene que ser seguido, pues incluso el equipo psicosocial, con mayor conocimiento que esta Sala, prescinde de tal deseo o capricho, para entender que lo ideal es la guarda y custodia compartida, y si bien en un primer momento puede existir una cierta desorientación de la menor, se trata de una situación puramente inicial y coyuntural que desaparece con el tiempo”.

E. La edad del menor

Se ha tenido en cuenta en 18 ocasiones.

- La edad es tenida en cuenta tanto cuando el menor entiende el Juez y/o el Tribunal que es demasiado pequeño para estar sujeto al régimen de custodia compartida (SAP de Málaga 25 de junio de 2015, menor de cinco años), como cuando es demasiado mayor, ya cercano a la mayoría de edad, y carece de sentido imponerle un sistema de guarda con el que no está conforme el propio menor (como la SAP de Córdoba de 24 de febrero de 2015). En estos últimos casos, es ocasiones se establece un sistema diferente de guarda en atención a la distinta edad de los menores cuando hay varios hermanos.

- En alguna ocasión, la corta edad del niño hace que no pueda ser ni siquiera explorado (SAP de Málaga de 27 de mayo de 2015, entre otras).

- En ninguno de los casos analizados la edad del menor sirve para justificar la atribución de la custodia compartida, unas veces por ser demasiado pequeño, otras por ser demasiado mayor. Siempre que se alude a la edad del menor como una de las circunstancias a tener en cuenta lo es para establecer la custodia monoparental.

F. El informe del Ministerio Fiscal

Se ha tenido en cuenta en 9 ocasiones.

- Cuando se ha tenido en cuenta dicho informe en ningún caso ha sido el único fundamento aducido por el Juez y/o Tribunal para basar su decisión sino que siempre es utilizado como un argumento más a tener en cuenta junto con otros fundamentos. En todos los casos se alude a la decisión del TC declarando como inconstitucional el inciso de “favorable” del art. 92.8 CC.

G. Posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral

Se ha tenido en cuenta en 6 ocasiones.

- Las posibilidades de conciliación se tienen en cuenta tanto para establecer la custodia monoparental como para establecer la custodia compartida. En alguna ocasión se valora positivamente que uno de ellos esté en paro porque ello favorece que pueda atender a los menores. No se aprecia que el apoyo de ayuda contratada o de familiares sea en sí un óbice para establecer la custodia compartida, entendiéndose por lo general que igual que se necesitaba de dicha ayuda antes de la ruptura, no puede ser en el momento de la crisis de pareja un impedimento.

H. La existencia de la figura de un “cuidador principal” durante la convivencia

Se ha tenido en cuenta en 16 ocasiones.

Es un elemento que se tiene en cuenta en relación a la adecuación del padre o la madre para establecer la custodia monoparental porque sabrá hacerlo mejor, por el hecho de tener su vida profesional adecuada ya a dicha situación y también, y sobre todo, por el apego que el menor pueda tener por esta circunstancia con dicho progenitor. En otras ocasiones, sirve para establecer la custodia compartida para dar continuidad a que ambos se hayan venido ocupando del cuidado del menor. Para apreciar esta circunstancia se tiene en cuenta, entre otros factores, quién lleva y recoge a los menores del centro escolar, quién acude a las visitas médicas y con los tutores en las reuniones de seguimiento escolar, actividades extraescolares, etc.

I. Aportación de plan de parentalidad

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

J. Mantenimiento del *status quo*

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.

- SAP de Málaga 25 de junio de 2015: “... 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 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...”

K. Existencia de facto de un régimen de custodia compartida

Se ha tenido en cuenta en 6 ocasiones.

- SAP de Córdoba de 16 de septiembre de 2015, SAP de Cádiz de 2 de marzo de 2015, SAP de Granada de 12 de julio de 2013, SAP de Málaga de 10 de julio de 2013, SAP de Málaga de 6 de junio de 2013, SAP de Jaén de 8 de mayo de 2014³⁸.

- En todos estos casos no se considera necesario modificar el régimen de custodia puesto que de hecho es un régimen de custodia cuasicompartida con pernoctas intersemanales.

L. Error en el *petitum*

Se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones.

- SAP de Granada de 20 de septiembre de 2013³⁹.

- - SAP de Málaga de 10 de julio de 2013: La Sala confirma la sentencia de 1ª Instancia en base a las peticiones de los progenitores, pues aunque ambos

³⁸ Sentencia casada por la STS de 21 de octubre de 2015: la sentencia recurrida -pese a la cita extensa de la doctrina jurisprudencial- 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. En la resolución recurrida se acepta que ambos progenitores poseen capacidad para educación de su hijo y, de hecho, mantiene la ampliación del sistema de visitas, aproximándolo al de custodia compartida pero sin instaurarlo sin causa que lo justifique y sin riesgo objetivable. Esta Sala no puede aceptar que el mantenimiento provisional de un sistema de guarda por la madre, durante la separación de hecho, impida la adopción del sistema de custodia compartida. (...) No se aprecian especiales factores de conflicto entre los progenitores que dificulten el diálogo, máxime cuando fueron capaces de adoptar un amplio sistema de estancias de los menores con el padre. En la resolución recurrida se menciona la corta edad de los menores, para justificar que no se adopte el sistema de custodia compartida, pero al tiempo reconoce que el sistema adoptado tiene un tan amplio régimen de visitas que es prácticamente similar al de custodia compartida. Es decir, si la edad de los menores no desincentiva tan amplio régimen de visitas tampoco debe ser la causa de excluir el sistema de custodia compartida.

³⁹ Casada por la STS de 15 de julio de 2015.

hayan solicitado la custodia exclusiva, en la manera en la que la solicitan se trata en realidad de una custodia compartida, por lo que, para no separar al menor de su entorno, el padre ostentará la custodia durante la semana y la madre los fines de semana, porque trabaja en un lugar alejado de donde residirá el padre con el menor, considerándose todo ello lo más beneficioso para el menor.

M. Es un procedimiento de modificación de medidas definitivas ¿existe variación sustancial de las circunstancias?

Se ha tenido en cuenta en 27 ocasiones.

- No se aprecia que exista mayor dificultad para establecer el régimen de custodia compartida en los procesos de modificación de medidas en relación con los procesos de divorcio o separación o de medidas en relación a menores, pero sí se aprecia una dificultad para probar el cambio sustancial de las circunstancias que dé lugar a la modificación de medidas.

- El cambio jurisprudencial de la doctrina del TS es tenido en cuenta cuando se alega como cambio sustancial de las circunstancias aunque no en todos los casos justifica el cambio de custodia monoparental a compartida si se sigue considerando más beneficioso para el menor el régimen monoparental.

N. Interés del solicitante que se infiere de su actuación procesal

En algún caso se desestima la pretensión del padre de modificar las medidas, solicitando ahora la custodia compartida, entendiéndose la Sala que la única intención es la de suprimir la pensión de alimentos sin justificar cuál es el cambio sustancial de las circunstancias que aconseje ahora el cambio de custodia en beneficio del menor. No se admite, por tanto, como motivo alegado de la modificación de las circunstancias, el empeoramiento económico del actor cuando se fundamenta en ello para solicitar la custodia compartida y suprimir de este modo la pensión de alimentos a favor de los hijos.

3.5. ISLAS BALEARES

3.5.1. ANÁLISIS CUANTITATIVO

Se han seleccionado 18 sentencias.

Del examen realizado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª. Reconocen la custodia compartida en la Audiencia Provincial: 8 (40%)

- En ambas instancias: 5
- Sólo en la primera instancia: 2
- Sólo en la Audiencia provincial: 3

2ª. No reconocen la custodia compartida: 10 (55,55%)

3ª. Han sido casadas por el Tribunal Supremo: 0

- El TS dice que sí procede la custodia compartida: 0
- El TS dice que no procedía la custodia compartida: 0

4ª. Han sido confirmadas por el Tribunal Supremo: 1

- El TS confirma que no procede la custodia compartida: 1
- El TS confirma que sí procedía la custodia compartida: 0

5ª ¿Quién solicita la custodia compartida? En todos los casos, ha sido el padre.

6ª. ¿En qué procedimientos han recaído?

- Divorcio/separación: 7
- Guarda y custodia/relaciones paterno-filiales: 2
- Modificación de medidas: 9. Se ha reconocido la custodia compartida en 5 ocasiones 3 en ambas instancias, 1 en primera instancia (no en apelación) y 2 en apelación. En los cuatro restantes procedimientos no se ha reconocido en ninguna instancia.

7ª. Como se verá a continuación, el factor más determinante es el informe psicosocial, seguido de la conflictividad, de la existencia de un régimen de custodia de facto y de la conciliación de la vida laboral y familiar.

3.5.2. ANÁLISIS CUALITATIVO

A. La distancia entre domicilios

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

- La SAP Palma de Mallorca Sección 4 de 18 marzo de 2014 (Rec. 571/2012) mantiene la custodia compartida concedida en primera instancia y considera

que la indiscutida cercanía entre los domicilios de los padres evita o, al menos, disminuye, el riesgo de lo que ha venido denominándose "niños maleta" lo que redundará en beneficio de los hijos.

B. La conflictividad en la pareja

Se ha tenido en cuenta en 6 ocasiones.

- A veces la conflictividad relevante entre los padres se tiene en cuenta para denegar la custodia compartida (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 28 octubre 2015. Recurso 157/2015; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 18 febrero de 2014. Recurso 94/2013: la guarda y custodia compartida o conjunta, pues para ello se precisa de una especial colaboración coincidente de ambos progenitores en aspectos, formativos, educacionales o emocionales, que los litigantes han demostrado suficientemente no estar dispuestos a dispensar).

- Pero otras veces, si no influye en los menores no es obstáculo para conceder la custodia compartida (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 15 octubre 2015. Recurso 98/2015; "Palma de Mallorca (Sección 4) 18 marzo de 2014. Recurso 571/2012; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 5 mayo de 2013. Recurso 742/2012).

- Queda acreditada la falta de cordialidad entre los progenitores si han acudido a la vía penal, aunque esta terminara con sentencia absolutoria, y ello se valora para no conceder la custodia compartida (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 11 septiembre 2015. Recurso 165/2015).

C. Informe psicosocial

Se ha tenido en cuenta en 8 ocasiones.

- Hasta la fecha, ha venido siendo prácticamente determinante el contenido del informe a la hora de acordar (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 18 marzo de 2014. Recurso 571/2012; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 2 julio de 2013. Recurso 3/2013; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 5 mayo de 2013. Recurso 742/2012) o denegar la modalidad compartida (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 18 febrero de 2014. Recurso 341/2013; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 11 diciembre de 2013. Recurso 181/2013; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 24 octubre de 2013. Recurso 674/2012)

- La SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 15 octubre 2015. Recurso 98/2015 mantiene la custodia compartida concedida en la instancia y señala que el art. 92.6 no impone, en momento alguno, una obligación al Juez de recabar informe del Equipo técnico Judicial. Ni tampoco una actuación de cualquier miembro del equipo técnico del Juzgado.

- Si el informe no es muy claro el Tribunal no concede la custodia compartida: así en la SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 11 noviembre 2014. Recurso 249/2014 se señala que si bien el informe psicológico concluye como la mejor opción la de guarda y custodia compartida, efectúa su análisis desde la

situación preexistente, que es la de la guarda y custodia de la madre y que, a tenor del propio dictamen, no hay base alguna para considerar que perjudique o haya sido nocivo de algún modo para la niña.

D. La opinión del menor

Se ha tenido en cuenta en 4 ocasiones.

- Cuando se realiza la exploración judicial del menor, se mantiene el régimen de custodia compartida concedido en primera instancia si manifiesta que se encuentra igualmente cómoda en el domicilio paterno y en el materno (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 23 diciembre 2015. Recurso 263/2015). También se acuerda en apelación la custodia que no se había concedido en primera instancia cuando el menor de 9 años manifiesta claramente en la exploración que quiere estar por igual con su padre que con su madre (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 7 mayo de 2013. Recurso 724/2012).

- Pero la exploración del menor también se ha tenido en cuenta para desestimar la custodia compartida cuando lo expuesto por el menor, no es desde luego la expresión de una convicción pausada y reflexionada, sino la exteriorización de quien sin duda desea ver más a su padre, pero tal circunstancia no es bastante para acordar ese cambio de custodia (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 26 noviembre 2015. Recurso 188/2015⁴⁰). También cuando los menores manifiestan en la exploración que aunque están igual de bien en las dos casas y que están igual de bien con ambos progenitores, “que están bien como están ahora. Que no quieren vivir en casa de su padre” (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 28 octubre 2015. Recurso 157/2015).

E. La edad del menor

Se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones.

- Se ha tenido en cuenta para establecer un sistema mixto de custodia: exclusiva para la madre mientras dure el periodo de lactancia, y compartida cuando ésta termine y en todo caso después de los dos años (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 18 febrero 2015. Recurso 426/2014).

- Si el menor tiene una edad corta (4 años) se atiende a esta circunstancia para mantener la custodia exclusiva a favor de la madre (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 11 noviembre 2014. Recurso 249/2014)

F. El informe del Ministerio Fiscal

⁴⁰ Señala: “el resultado ofrecido por la exploración practicada al segundo de los hijos comunes, refleja ciertamente que éste parece desear un régimen de custodia compartida, y si bien tal extremo resulta sin duda significativo para quien resuelve, merece sin embargo ponderarse en su justa medida dado que si bien así lo expresó al comparecer ante quien resuelve también señaló que su padre le comentó ese tema hace aproximadamente un año y que con posterioridad nada habían vuelto a hablar hasta que por la mañana el padre y su actual pareja habían ido a buscarles al colegio - a él y a su hermano - para hablar con el juez del tema de la custodia compartida, lo que para este Tribunal permite colegir que lo expuesto por el menor”.

Se ha tenido en cuenta en 10 ocasiones.

- No es un factor decisivo. Se rechaza su carácter vinculante (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 24 octubre de 2013. Recurso 674/2012); SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 7 mayo de 2013. Recurso 724/2012).

- Se tiene en cuenta, junto con el resto del material probatorio, para reforzar la decisión de no conceder la custodia compartida (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 11 septiembre 2015. Recurso 165/2015) o de reconocerla (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 23 diciembre 2015. Recurso 263/2015; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 18 marzo de 2014. Recurso 571/2012; Palma de Mallorca (Sección 4) 11 diciembre de 2013. Recurso 181/2013; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 20 noviembre de 2013. Recurso 405/2013; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 2 julio de 2013. Recurso 3/2013; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 5 mayo de 2013. Recurso 742/2012)

También se tiene en cuenta para acordar la custodia compartida en segunda instancia: la intervención del MF en el acto de vista cuando le preguntó a la madre los motivos por los cuáles se oponía a la guarda y custodia compartida, y ésta lo único que manifestó, fue: ... por la estabilidad, por la rutina... yo veo que sería como esto de estar cambiando de casa, de vivienda (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 1 junio 2015. Recurso 380/2014).

G. Posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral

Se ha tenido en cuenta en 5 ocasiones.

- Las dificultades para conciliar la vida laboral y familiar no pueden ser obstáculo para acordar la custodia compartida (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 7 mayo de 2013. Recurso 724/2012) sobre todo cuando ambos progenitores presentan similares dificultades, y se cuenta con el apoyo de terceras personas (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 1 junio 2015. Recurso 380/2014)

- El recurso a cuidadores, a terceras personas no es obstáculo para conceder la custodia compartida (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 23 diciembre 2015. Recurso 263/2015; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 7 mayo de 2013. Recurso 724/2012)

- También se valora para mantener la custodia exclusiva de la madre que ésta tenga un trabajo estable y que disponga de la ayuda de terceras personas para cuidar a la menor, pero hay que señalar que en este caso el padre no había mostrado interés en la menor (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 20 noviembre de 2013. Recurso 405/2013) y la mayor disponibilidad de tiempo de la madre para atender a la menor (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 17 noviembre 2014. Recurso 177/2014)

H. La existencia de la figura de un “cuidador principal” durante la convivencia

Se ha tenido en cuenta en 4 ocasiones.

- Se valora positivamente para conceder la custodia compartida el interés por el padre hacia la menor desde la ruptura (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 1 junio 2015. Recurso 380/2014) y negativamente el desinterés que lleva a denegarla (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 20 noviembre de 2013. Recurso 405/2013)

- También se valora positivamente para conceder la custodia compartida que durante la convivencia el padre se ocupara del menor (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 5 mayo de 2013. Recurso 742/2012) y negativamente si no se ocupó de ella para denegarla (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 17 noviembre 2014. Recurso 177/2014).

I. Aportación de plan de parentalidad

No se ha tenido en cuenta

J. Mantenimiento del *status quo*

Se ha tenido en cuenta en 4 ocasiones.

Se mantiene la situación existente desde la ruptura:

- 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 (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 11 noviembre 2014. Recurso 249/2014).

- 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 (porque no se ha probado que lo contrario resulte más beneficioso para el menor SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 26 noviembre 2015. Recurso 188/2015; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 20 noviembre de 2013. Recurso 405/2013; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 24 octubre de 2013. Recurso 674/2012)

K. Existencia de facto de un régimen de custodia compartida

Se ha tenido en cuenta en 5 ocasiones.

- Algunas sentencias consideran que *de facto* ya existe una situación de custodia compartida y no es necesario dar el paso a lo que se considera una medida drástica, la custodia compartida (SAP Palma de Mallorca (Sección 4)

18 febrero de 2014. Recurso 94/2013⁴¹; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 18 febrero de 2014. Recurso 341/2013⁴²).

- Otras en cambio, consideran que es necesario dar el nombre jurídico que corresponde, reconociendo la custodia compartida (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 23 diciembre 2015. Recurso 263/2015⁴³; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 18 marzo de 2014. Recurso 571/2012).

A veces, se toma como modelo el régimen de visitas establecido, para acordar la custodia compartida, si por ejemplo en el régimen de visitas las vacaciones escolares se subdividen por semanas alternas, estando alternativamente el menor con ambos progenitores durante las mismas (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 1 junio 2015. Recurso 380/2014).

L. Error en el *petitum*

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

M. Es un procedimiento de modificación de medidas definitivas ¿existe variación sustancial de las circunstancias?

Se ha tenido en cuenta en 20 ocasiones.

La SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 15 octubre 2015. Recurso 98/2015 mantiene la custodia compartida concedida en primera instancia porque existe una sustancial alteración de las circunstancias concurrentes al momento de ser firmado el convenio regulador; alteración consistente en la introducción de un amplio régimen de estancias entre padre e hija consentido voluntariamente por la madre desde prácticamente el día siguientes de la fecha de la sentencia.

N. Interés del solicitante que se infiere de su actuación procesal

SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 20 noviembre de 2013. Recurso 405/2013: “Como anticipamos el padre interesa el establecimiento de una guarda y custodia compartida de la menor y la exención del pago de la pensión económica de 400 euros al mes. La modificación pretendida responde

⁴¹ Señala: “Es cierto que en la sentencia de instancia se organiza un sistema de visitas que por mera distribución horaria o temporal resulta ser "de facto" casi equivalente, pero ello no significa que se instaure "de iure" una guarda y custodia compartida, lo que debe ser confirmado en el sentido que ahora se estudia”

⁴² Sentencia que mantiene la custodia exclusiva a favor del padre. Señala: “el extenso régimen de visitas concedido a la madre no custodia, supone "de facto" una distribución temporal casi equivalente de estancias y convivencia con el hijo menor, lo que, sin ser jurídicamente asimilable a una guarda y custodia compartida, sí desvanece "de facto" los argumentos del recurso” planteado por la madre.

⁴³ Señala: “En el actual convenio regulador de las medidas paterno-filiales las partes decidieron asignar a la madre la custodia exclusiva de la menor, estableciendo un régimen de visitas a favor del padre que aumentaría de forma progresiva. Sin embargo, es lo cierto que durante los últimos años la hija común ha incrementado notablemente sus estancias con el ahora demandante”.

fundamentalmente a salvaguardar los intereses del padre y no de la menor, quien recientemente ha reanudado la relación con dicho progenitor de una forma progresiva. No es el interés del progenitor sino el del hijo el que debe presidir e informar las decisiones que se adopten respecto a los descendientes menores de edad. La custodia compartida no es remedio para solucionar las dificultades económicas del padre apelante, como parece entender dicho progenitor a la vista de los argumentos del recurso, sino que es una medida que debe adoptarse cuando se vislumbre como beneficiosa y adecuada para proteger adecuadamente al hijo menor art. 92-8 cc”.

3.6. PAÍS VASCO

3.6.1. ANÁLISIS CUANTITATIVO

Se han seleccionado 53 sentencias.

Del examen realizado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª. Reconocen la custodia compartida: 35 (66,03%)

- En ambas instancias: 21
- Sólo en la primera instancia: 3
- Sólo en la Audiencia provincial: 14

2ª. No reconocen la custodia compartida: 18 (33,96%)

3ª. Han sido casadas por el Tribunal Supremo: 3

- El TS dice que sí procede la custodia compartida: 1
- El TS dice que no procedía la custodia compartida: 2

4ª. Han sido confirmadas por el Tribunal Supremo: 3

- El TS confirma que no procede la custodia compartida: 3
- El TS confirma que sí procedía la custodia compartida: 0

5ª ¿Quién solicita la custodia compartida? En todos los casos, ha sido el padre, salvo en un caso que no había sido solicitada por ninguna de las partes.

6ª. ¿En qué procedimientos han recaído?

- Divorcio/separación: 25
- Guarda y custodia/relaciones paterno-filiales: 12
- Modificación de medidas: 16. Se ha reconocido la custodia compartida en 8 ocasiones: 4 en ambas instancias y 4 en segunda instancia. En los cuatro restantes procedimientos no se ha reconocido en ninguna instancia.

7ª. . Como se verá a continuación, el factor más determinante es el informe psicosocial, seguido de la conflictividad y de los problemas de conciliación de vida familiar y laboral

3.6.2. ANÁLISIS CUALITATIVO

A. La distancia entre domicilios

Se ha tenido en cuenta en 8 ocasiones.

Si hay poca distancia entre los domicilios de los progenitores se valora positivamente para mantener la custodia compartida acordada en primera instancia (SAP Donostia-San Sebastián, Sección 3, 27 julio 2015. Rec.3251/2015; SAP Vitoria-Gasteiz, Sección 1, 11 septiembre 2013. Rec. 224/2013; SAP Vitoria-Gasteiz, Sección 1, 17 marzo 2015. Rec. 39/2015; SAP Vitoria-Gasteiz, Sección 1, 3 diciembre 2014, Rec. 219/2014; SAP Bilbao, Sección 4, 9 julio 2013; Rec. 945/2012); o si viven en el mismo distrito municipal (SAP Bilbao , Sección 4, 17 julio 2015. Rec. 107/2015).

Sin embargo la proximidad de los domicilios no es determinante para la SAP Donostia-San Sebastián, Sección 2, 9 julio 2013, Rec. 2166/2013, que deniega la custodia compartida que se había concedido en primera instancia, apoyándose en otros criterios, pero respecto a la distancia considera que “la ubicación de los domicilios de los padres no es un factor relevante teniendo en cuenta la edad de los menores que en cualquier caso deben ser acompañados por un adulto para trasladarse de un domicilio a otro”.

Si el padre reside en una localidad distinta de la de los progenitores esto influye para no conceder la custodia compartida (SAP Vitoria-Gasteiz, Sección 1, 16 junio 2015., Rec. 202/2015).

B. La conflictividad en la pareja

Se ha tenido en cuenta en 27 ocasiones.

La conflictividad no impide conceder la custodia compartida:

- En la mayoría de las sentencias a pesar de no existir cordialidad entre los progenitores se concede la custodia compartida (SAP Bilbao (Sección 4) 6 octubre 2015. Recurso 308/2015; "Bilbao (Sección 4) 17 julio 2015. Recurso 107/2015; SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 9 enero 2015. Recurso 2283/2014; Donostia-San Sebastián (Sección 3) 9 diciembre 2014. Recurso 3317/2014; SAP Bilbao (Sección 4) 24 noviembre 2014. Recurso 477/2014; SAP Bilbao (Sección 4) 10 septiembre 2014. Recurso 268/2014; "Bilbao (Sección 4) 4 junio 2014. Recurso 153/2014; "Bilbao (Sección 4) 27 febrero 2014. Recurso 677/2013; SAP Bilbao (Sección 4) 22 enero 2014. Recurso 527/2013; "Bilbao (Sección 4) 20 enero 2014. Recurso 519/2013⁴⁴; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 11 junio 2013. Recurso 252/2013).
- Sobre todo, se atribuye la custodia compartida si además no consta que la conflictividad redunde en perjuicio del menor (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 17 marzo 2015. Recurso 39/2015"; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 12 diciembre 2014. Recurso 342/2014; "Bilbao (Sección 4) 3 marzo 2014. Recurso 697/2013; SAP Bilbao (Sección 4) 3 febrero 2014. Recurso 587/2013; "Bilbao (Sección 4) 17 octubre 2013. Recurso 308/2013).

⁴⁴ Señala: “la existencia de desavenencias entre los progenitores no es argumento suficiente para excluir la guarda compartida como tampoco puede serlo la falta de voluntad de colaboración para el correcto desarrollo de tal régimen por parte del progenitor que la reclama en exclusiva, pues ello supondría favorecer la posición de quien pretendiera obstaculizar el sistema de guarda compartida”

- Tampoco se tiene en cuenta para acordar la custodia compartida la conflictividad anterior, en el momento del divorcio (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 14 septiembre 2015. Recurso 295/2015")

-La conflictividad impide conceder la custodia compartida:

- Si la conflictividad perjudican al menor se deniega la custodia compartida que había sido acordada en primera instancia ("Donostia-San Sebastián (Sección 2) 18 julio 2013. Recurso 2193/2013"⁴⁵)
- Si se valora la conflictividad para denegar la custodia compartida (SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 18 octubre 2013. Recurso 2028/2013) pues añade dificultad al normal desarrollo de la custodia compartida (SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 9 julio 2013. Recurso 2166/2013), o constituye incluso un impedimento (discrepancias sobre los criterios o pautas educativas y la deficiente coordinación en el ejercicio de la patria potestad SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 7 junio 2013. Recurso 202/2013), y porque se considera que la custodia compartida puede agravar la conflictividad (SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 31 mayo 2013. Recurso 2445/2012).
- Queda acreditada la falta de cordialidad entre los progenitores si han acudido a la vía penal y la SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 21 octubre 2013. Recurso 3299/2013, dice que aunque esas desavenencias por sí solas no son relevantes para conceder o no la custodia compartida, con base en otros criterios no la concede.

-La falta de comunicación entre los progenitores no es obstáculo para conceder la custodia compartida:

- La falta de comunicación entre los litigantes, no constituye un argumento que permita rechazar por sí solo la custodia compartida, salvo como tiene dicho el Tribunal Supremo que se den circunstancias por las que resulte afectado perjudicialmente el interés de los menores (SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 27 julio 2015. Recurso 3251/2015). Así la SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 17 de julio 2014. Recurso 240/2014 señala que la comunicación poco fluida entre el padre y la madre, es un aspecto que deben los progenitores mejorar en interés del menor, y que tienen responsabilidad los dos progenitores en mejorarla.
- También la SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 11 septiembre 2013. Recurso 224/2013 considera que los progenitores pueden, y así deben hacerlo, mantener la relación precisa para que la guarda y custodia compartida se lleve a efecto de forma adecuada. Pero si el único modo de comunicación entre ellos es a través de wasaps se desaconseja la adopción del sistema de custodia compartida (SAP Bilbao (Sección 4) 15 diciembre 2014 Recurso 518/2014)

C. Informe psicosocial

Se ha tenido en cuenta en 47 ocasiones.

⁴⁵ Señala: "la mala relación entre los progenitores incide directamente en los menores afectando a cuestiones tan básicas como el abono de la pensión de alimentos".

Hasta la fecha, ha venido siendo prácticamente determinante el contenido del informe a la hora de acordar la custodia compartida (SAP Bilbao (Sección 4) 6 octubre 2015. Recurso308/2015⁴⁶; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 14 septiembre 2015. Recurso 295/2015⁴⁷; SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 27 julio 2015. Recurso 3251/2015; SAP Bilbao (Sección 4) 17 julio 2015. Recurso 107/2015; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 14 mayo 2015. Recurso 40/201548; SAP "Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 17 marzo 2015. Recurso 39/201549; SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 9 enero 2015. Recurso 2283/201450; SAP Bilbao (Sección 4) 15 diciembre 2014. Recurso 308/2014; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 12 diciembre 2014. Recurso 342/2014; SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 9 diciembre 2014. Recurso 3317/2014; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 3 diciembre 2014. Recurso 219/2014; SAP Bilbao (Sección 4) 24 noviembre 2014. Recurso 477/2014; SAP Bilbao (Sección 4) 17 noviembre 2014. Recurso 408/2014; SAP Vitoria Gasteiz (Sección 1) 27 octubre 2014. Recurso 263/2014; SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 15 octubre 2014. Recurso 3269/2014; SAP Bilbao (Sección 4) 8 octubre 2014. Recurso 167/2014; SAP Bilbao (Sección 4) 10 septiembre 2014. Recurso 268/2014; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 17 de julio 2014. Recurso 240/2014; SAP Bilbao (Sección 4) 26 junio 2014. Recurso 205/2014; SAP Bilbao (Sección 4) 4 junio 2014. Recurso 153/2014; SAP Bilbao (Sección 4) 21 mayo2014. Recurso 342/2014; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 22 abril 2014. Recurso 64/2014; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 3 abril 2014. Recurso 542/2013; SAP Bilbao (Sección 4) 6 marzo 2014. Recurso 407/2013; SAP Bilbao (Sección 4) 3 marzo 2014. Recurso 697/2013; SAP Bilbao (Sección 4) 27 febrero 2014. Recurso 677/2013; SAP Bilbao (Sección 4) 3 febrero 2014. Recurso 587/2013; SAP Bilbao (Sección 4) 22 enero 2014. Recurso 527/2013; SAP Bilbao (Sección 4) 20 enero 2014. Recurso

⁴⁶ Señala: "Ambos progenitores presentan habilidades parentales suficientes y adecuadas y están perfectamente capacitados para ejercer los cuidados del menor por lo que se aconseja un sistema de coparentalidad que puede desarrollarse por semanas con un día de vivista entre semana para el progenitor no custodio"

⁴⁷ Señala: "los menores sabían a lo que venían (refiriéndose a la entrevista mantenida), que la madre les había dicho que se pensarán bien lo que iban a decir, que la custodia compartida tenía importantes consecuencias económicas para ella, añadiendo que los menores quieren estar más tiempo con su padre. La psicóloga del equipo técnico afirmó en la vista que para los niños resulta beneficioso mantener una relación cotidiana con ambos progenitores".

⁴⁸ Señala: "el padre muestra un nivel de implicación activo en el ejercicio de sus funciones parentales con un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos sanitarios, educativos y emocionales relacionados con la menor, y que, ésta muestra una vinculación estrecha con ambas figuras parentales y es capaz de referirse a ambos de forma natural con una aceptación adecuada de la separación de sus progenitores".

⁴⁹ Señala: "dado que ambos progenitores muestran un nivel de implicación parental activo, siguen las directrices marcadas desde el centro escolar y participan y conocen las necesidades de su hija de forma adecuada".

⁵⁰ Señala: "en cuanto al deseo del menor de vivir con su madre, es cierto que Eutimio así lo manifestó ante la psicóloga que le entrevistó, pero también es cierto que en el informe se refleja una mayor permisividad de la madre frente al autoritarismo del padre, quien se enfada con él a la hora de realizar las tareas escolares. Por otra parte, la actitud de la madre, al delegar en el hijo la decisión de decidir con quién vive, implicándolo en el conflicto no resulta adecuada no existen motivos para entender que la custodia materna puede resultar más favorable que la custodia compartida, en la que una posición de mayor autoritarismo y exigencia por parte del padre puede compensar una mayor permisividad de la madre, lo que resulta aconsejable para el desarrollo educativo y escolar del menor".

519/201351; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 11 septiembre 2013. Recurso 224/2013; SAP Bilbao (Sección 4) 9 julio 2013. Recurso 945/2012; SAP Bilbao (Sección 4) 30 marzo 2015. Recurso 710/2014)⁵²

También para denegar la modalidad compartida (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 16 septiembre 2015. Recurso 330/2015⁵³; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 9 septiembre 2015. Recurso 317/2015; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 16 junio 2015. Recurso 202/2015; SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 22 diciembre 2014. Recurso 2290/2014⁵⁴; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 22 abril 2014. Recurso 99/2014⁵⁵; SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 2 diciembre 2013. Recurso 3350/2013⁵⁶; SAP Bilbao (Sección 4) 17 octubre 2013. Recurso 308/2013; "Bilbao (Sección 4) 30 septiembre 2013. Recurso 218/2013⁵⁷; SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 22 julio 2013. Recurso 3221/2013⁵⁸; SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 18 julio 2013. Recurso

⁵¹ Señala: "señala las dificultades que comporta el ejercicio de la guarda y custodia compartida, por falta de colaboración entre los progenitores y por la insatisfacción con tal régimen de uno de los progenitores –la madre-, pero también indica que surgen dudas respecto a que si otra organización diferente a la actual, con inclusión o no de pequeños ajustes, podría aportarle al menor un mayor nivel de bienestar para lo que sería deseable una modificación de los patrones relacionales de los progenitores entre ellos".

⁵² En el informe pericial psicológico se resalta la circunstancia de que ambos progenitores están en condiciones de asumir el cuidado de su hija y de hecho han prestado sus atenciones a la menor en todo tiempo, por lo que no existe un progenitor especialmente indicado para tal cometido con la única salvedad del tiempo disponible, que en el momento del informe era a favor del padre lo que determinó su elección como progenitor custodio. Casada por STS 400/2016, de 15 de junio de 2016 (Rec. 1698/2015), porque se concedió la custodia compartida sin que hubiese sido solicitada por ninguna de las partes.

⁵³ Señala: "el hijo menor, presentó dificultades personales y de integración en la infancia que se agravaron tras la separación (...). el padre tiende a minimizar e incluso obviar problemas que el menor ha presentado en el centro escolar o en su relación con iguales, pese a ser confirmados por tutores y psicólogos y que no reconoce la necesidad de que acuda a apoyo psicopedagógico no llevándole a las sesiones cuando le corresponde estancia con su hijo".

⁵⁴ Señala: "que ambos progenitores están igualmente capacitados para asumir la guarda y custodia de su hija, que es conveniente para la menor que ambos progenitores participen en su vida con estancias frecuentes y habituales, y siendo que el padre tiene disposición e interés en el ejercicio de las funciones parentales".

⁵⁵ Señala: "la falta de unas condiciones idóneas para el sistema de custodia compartida dada la relación difícil, carente de flexibilidad, de los progenitores que les dificulta llegar a acuerdos sobre cuestiones que afectan a su hijo".

⁵⁶ Señala: "la escasa edad de los menores (9 años Adela; 7 años Coro y 4 años Pelayo) con las necesidades y atención especial que a tan corta edad precisan hace recomendable inclinarse por la guarda y custodia atribuida a la madre". Casada por la STS 465/2015 de 9 de septiembre de 2015 (Rec. 545/2014): " En cuanto al informe sicosocial declara esta Sala, como bien se reconoce en la sentencia del juzgado, que la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión, máxime cuando antes del inicio del proceso judicial las partes supieron adoptar un sistema de visitas por parte del padre casi tan amplio como el de custodia compartida, a ello se une el mutuo reconocimiento de las aptitudes de la otra parte y el cariño y estabilidad psicológica de los menores. Por tanto, las conclusiones del informe sicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos".

⁵⁷ Señala en cuanto a las valoraciones relativas a que el padre "muestra poca empatía por el bienestar de los menores, todos sus planteamiento están enfocados desde sus necesidades"

⁵⁸ Confirmada por STS 515/2015, de 15 de octubre de 2014 (Rec. 2260/2013); "Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio".

2193/2013; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 18 julio 2013. Recurso 208/2013⁵⁹; SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 31 mayo 2013. Recurso 2445/2012; SAP San Sebastián (Sección 2) 27 noviembre 2014 Recurso 2308/2014⁶⁰; SAP Bilbao (Sección 4) 15 diciembre 2014 Recurso 518/2014⁶¹

Interesante la sentencia de SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 18 octubre 2013. Recurso 2028/2013 que no concede la custodia compartida y señala que “la similar capacidad de los padres para asumir el cuidado de la menor, no implica que automáticamente deba acordarse una custodia compartida, aún en el caso de que ambos progenitores ostenten iguales facultades, la custodia compartida solo procederá cuando sea beneficiosa y proteja el interés del menor”.

También la SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 9 julio 2013. Recurso 2166/2013 deniega la custodia compartida por la petición de uno de los menores, la corta edad de estos, la conciliación de la vida laboral y el hecho de que la madre se había encargado más de ellos, aunque ambos progenitores contaban con competencias y recursos para hacerse cargo de sus hijos.

D. La opinión del menor

Se ha tenido en cuenta en 18 ocasiones.

La opinión de los menores desfavorable a la custodia compartida se tiene en cuenta para no concederla (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 9 septiembre 2015. Recurso 317/2015; SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 22 diciembre 2014. Recurso 2290/2014 en donde la menor tenía 16 años y prefería vivir con su madre). La SAP. Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 22 abril 2014. Recurso 99/2014 mantiene la custodia exclusiva y señala que el menor manifestó el deseo de seguir conviviendo con su madre. Así la SAP San Sebastián (Sección 2) 27 noviembre 2014 Recurso 2308/2014 mantiene la custodia a favor de la madre, manifestando la menor que "ella se encuentra bien así" que "no le gusta estar con las maletas de un lado.

Por el contrario, la SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 3 diciembre 2014. Recurso 219/2014 mantiene la custodia compartida y no atiende el deseo del hijo señalando que los problemas de relación padre-hijo se dan igualmente con un régimen de custodia con la madre en los momentos de visita y permanencia junto al padre. Por ello no podemos afirmar que el problema sea consecuencia o se agrave con la custodia compartida.

⁵⁹ El niño no quería estar más tiempo con su padre.

⁶⁰ Confirmada por. Confirmada por STS 86/2016, de 19 de febrero de 2016 (Rec. 426/2015):” 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”.

⁶¹ Señala: “las actuales relaciones familiares "distan significativamente de una situación de abordaje co-parental de las relaciones progenitor-filiales”

Aunque no se realizó la exploración la SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 27 julio 2015. Recurso3251/2015 mantiene la custodia compartida concedida en primera instancia porque no existen razones para pensar que los niños no se encuentren vinculados a sus progenitores. Aunque se practique la exploración del menor, de 13 años de edad, constatándose el hecho de que es su deseo convivir con su madre, exponiendo como razón su próxima maternidad y tener mala relación con la pareja de su padre y discusiones con él, la SAP Bilbao (Sección 4) 17 julio 2015. Recurso 107/2015 mantiene la custodia compartida porque no llegó el menor a expresar razones de peso en contra del régimen de guarda y custodia compartida.

Si el menor presenta vinculación y demanda afectiva hacia ambas figuras parentales, se mantiene la custodia compartida acordada en primera instancia (SAP Bilbao (Sección 4) 22 enero 2014. Recurso 527/2013; SAP Bilbao (Sección 4) 24 noviembre 2014. Recurso 477/2014;); o se concede en segunda instancia ("Bilbao (Sección 4) 3 febrero 2014. Recurso 587/2013)

La SAP Bilbao (Sección 4) 26 junio 2014. Recurso205/2014 concede la custodia compartida que se había denegado en primera instancia y señala que el menor no muestra ninguna objeción a comunicarse con su padre, si bien según se recoge en el informe psicológico existe un déficit de comunicación fundada en un sentimiento de temor hacia el padre.

La SAP "Vitoria Gasteiz (Sección 1) 27 octubre 2014. Recurso 263/2014 señala que no es imprescindible una nueva exploración de los menores en segunda instancia y mantiene la custodia compartida.

El deseo del menor no es determinante: la SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 3 abril 2014. Recurso 542/2013 señala que el deseo de los menores no puede, al menos siempre, equipararse con lo que es más beneficioso para ellos, debiendo tenerse presente, para valorar tal deseo, su edad, razones que ofrecen sobre su "preferencia"⁶². También la SAP Bilbao (Sección 4) 27 febrero 2014. Recurso 677/2013 mantiene la custodia compartida por el apego que sienten ambos menores por ambos progenitores, pese a la manifestación del menor de que prefiere vivir con su madre, pero ello ligado a unas amplias visitas con su padre.

Aunque del informe psicosocial se deduzca que el menor quiere mucho a sus padres se mantiene la custodia exclusiva a favor de la madre por otros motivos en SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 18 octubre 2013. Recurso 2028/2013. Si el menor manifiesta en la exploración que está bien con el régimen de custodia exclusiva, éste se mantiene (SAP Donostia-San Sebastián 22 julio 2013. Recurso 3258/2013). También se revoca la custodia compartida y se concede en exclusiva a la madre aunque no existan razones para pensar que el menor no se encuentre vinculado a sus progenitores pero manifiesta ante el equipo psicosocial, que tiene más confianza con la madre (SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 9 julio 2013. Recurso 2166/2013)

⁶² Señala: "la psicóloga Doña. Joaquina ha expuesto, en el acto de la vista, que al hijo mayor le da exactamente igual y que a la hija no le preguntó por su edad; que se presenta básico procurar no separar a los hijos".

Se mantiene la custodia exclusiva a favor de la madre en la SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 18 julio 2013. Recurso 2193/2013 aunque el menor diga mantener una relación positiva con la actual compañera sentimental del padre y sus hijos en la porque dicha afirmación se hace en un contexto de régimen de guarda y custodia con la madre y visitas con el padre.

E. La edad del menor

Se ha tenido en cuenta en 8 ocasiones.

La SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) de 27 julio 2015. Recurso 3251/2015 mantiene la custodia compartida concedida en primera instancia porque la edad de los menores, sin otros factores adicionales que impongan una especial atención por parte de la madre, no resulta por sí sola determinante. También la SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 11 junio 2013. Recurso 252/2013 acuerda la custodia compartida que se había denegado en primera instancia porque la edad del menor no es determinante en este caso, ya que cuando se dictó la sentencia de divorcio y la posterior de modificación de medidas se estaba pensando en la edad del niño y su evolución en los primeros años de su vida, se hacía una previsión a medio plazo.

Si el menor tiene una edad corta (7 y 4 años) se atiende a esta circunstancia para denegar la custodia compartida otorgada en primera instancia y atribuírsela a la madre (SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 2 diciembre 2013. Recurso 3350/2013)⁶³. También para denegar la custodia compartida en ambas instancias y atribuírsela a la madre cuando los menores tienen 6 y 4 años (SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3)22 julio 2013. Recurso 3221/2013)⁶⁴, 2 y 6 años (SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 9 julio 2013. Recurso 2166/2013 que revoca la custodia compartida concedida en primera instancia y se la atribuye a la madre⁶⁵ y SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 31 mayo 2013. Recurso 2445/2012)⁶⁶; pero también se mantiene a favor de la madre cuando cuentan con 15 y 9 años (SAP Donostia-San Sebastián 22 julio 2013. Recurso 3258/2013)

La SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 18 octubre 2013. Recurso 2028/2013 tiene en cuenta la corta edad del menor, que precisa ir acompañada

⁶³ Casada por la STS 465/2015 de 9 de septiembre de 2015: “la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión, máxime cuando antes del inicio del proceso judicial las partes supieron adoptar un sistema de visitas por parte del padre casi tan amplio como el de custodia compartida”

⁶⁴ Confirmada por Confirmada por la STS 515/2015, de 15 de octubre de 2014 (Rec. 2260/2013): “Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio”.

⁶⁵ Señala: “la corta edad de los menores (dos y seis años) es un factor que avala la conveniencia de que los niños vivan en un solo domicilio, en este caso el de la madre, donde se mantienen sus rutinas en cuanto a alimentación, costumbres, y sueño; donde se encuentran en un entorno invariable (con sus cosas y juguetes) que les aporta seguridad; y especialmente donde conviven con un adulto que tiene tiempo para dedicarles”.

⁶⁶ Señala: “se trata de dos hijos de corta edad que tienen establecidas sus rutinas y que hasta la fecha se desarrollan de forma correcta desde el punto de vista físico y emocional”

para denegar la custodia compartida (no puede acudir sola a los domicilios de sus padres).

F. El informe del Ministerio Fiscal

Se ha tenido en cuenta en 12 ocasiones.

No es un factor decisivo. Se rechaza su carácter vinculante (SAP Bilbao (Sección 4) 20 enero 2014. Recurso 519/2013 mantiene la custodia compartida a pesar del criterio contrario del MF; Las SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 11 junio 2013. Recurso 252/2013 reconoce la petición del apelante y concede la custodia compartida aunque el MF interesara la desestimación del recurso; SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 31 mayo 2013. Recurso 2445/2012 que señala que es innecesario tras la sentencia del TC)

Se tiene en cuenta, junto con el resto del material probatorio, para reforzar la decisión de no conceder la custodia compartida (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 9 septiembre 2015. Recurso 317/2015; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 16 junio 2015. Recurso 202/2015; SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 21 octubre 2013. Recurso 3299/2013; SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 18 octubre 2013. Recurso 2028/2013) o de reconocerla (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 17 marzo 2015. Recurso 39/2015; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 12 diciembre 2014. Recurso 342/2014; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 3 diciembre 2014. Recurso 219/2014; SAP Vitoria Gasteiz (Sección 1) 27 octubre 2014. Recurso 263/2014; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 3 abril 2014. Recurso 542/2013)

G. Posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral

Se ha tenido en cuenta en 20 ocasiones.

Se valora positivamente para conceder la custodia compartida que el padre se haya esforzado en aumentar su disponibilidad, por ejemplo trasladando su domicilio (SAP Bilbao (Sección 4) 6 octubre 2015. Recurso 308/2015; SAP Bilbao (Sección 4) 22 enero 2014. Recurso 527/2013); cambiando su jornada laboral (SAP Bilbao (Sección 4) 8 octubre 2014. Recurso 167/2014); disponiendo de tiempo (SAP Bilbao (Sección 4) 26 junio 2014. Recurso 205/2014"), y por la flexibilidad que le permite su profesión (SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 27 julio 2015 Recurso 3251/2015; SAP Bilbao (Sección 4) 22 enero 2014. Recurso 527/2013; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 11 septiembre 2013. Recurso 224/2013). Se tiene en cuenta que el trabajo del padre le permita organizarse y no le impida una atención y dedicación razonable y adecuada al cuidado y necesidades de la menor (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 17 marzo 2015. Recurso 39/2015), que no se lo impida (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 12 diciembre 2014. Recurso 342/2014; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 3 diciembre 2014. Recurso 219/2014").

Si los horarios laborales del padre lo impiden no se concede la custodia compartida (SAP Bilbao (Sección 4) 30 septiembre 2013. Recurso 218/2013)

Si la dedicación al trabajo es similar en ambos progenitores se mantiene la custodia compartida concedida en primera instancia (SAP Vitoria Gasteiz (Sección 1) 27 octubre 2014. Recurso 263/2014) o se concede en segunda instancia (SAP Bilbao (Sección 4) 3 marzo 2014. Recurso 697/2013)

Si la esquizofrenia del padre está tratada y no le impide relacionarse con normalidad con los menores, y no existe riesgo alguno para ellos, ello no es obstáculo para conceder en segunda instancia la custodia compartida (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 14 septiembre 2015. Recurso 295/2015). Sin embargo, la SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 21 octubre 2013. Recurso 3299/2013 mantiene la custodia a favor de la madre aunque el "Parkinson" del padre manifiesta una situación estable que no debería suponer ningún perjuicio para sus actividades cotidianas (llevar la casa, cuidado de sus hijos, etc.).

El recurso a cuidadores, a terceras personas no es obstáculo para conceder la custodia compartida (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 17 marzo 2015. Recurso 39/2015; (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 12 diciembre 2014. Recurso342/2014

Aunque la madre tenga mayor disponibilidad horaria la SAP "Donostia-San Sebastián (Sección 3) 9 diciembre 2014. Recurso 3317/2014 acuerda la custodia compartida porque aunque durante el matrimonio se hubiera acordado que la madre procedería a reducir el horario laboral para estar más pendiente del cuidado de los menores, ello estaría fundamentado en la mayor necesidad de cuidados durante un periodo, pero no puede hacerse abstracción de que los menores en la actualidad de 10 y 8 años, se hallan escolarizados, por lo que la disponibilidad horaria ya no adquiere tal relevancia. Sin embargo, la SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3)22 julio 2013. Recurso 3221/2013 no concede la custodia compartida teniendo en cuenta la menor disponibilidad del padre de tiempo para el cuidado y la atención de sus tres hijos de corta edad⁶⁷. Lo mismo la SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 9 julio 2013. Recurso 2166/2013 que deniega la custodia compartida concedida en primera instancia porque la madre dispone de más tiempo para dedicarse a sus hijos y el progenitor no ha acreditado que la flexibilización de su jornada laboral le permita esa mayor dedicación.

Interesante la SAP Bilbao (Sección 4) 30 marzo 2015. Recurso 710/2014 que señala que la disponibilidad horaria no debe tenerse en cuenta, pues esta circunstancia es una variable absolutamente impredecible de futuro⁶⁸

Se valora positivamente para conceder la custodia compartida que ambos progenitores hayan rehecho sus vidas, siendo ambos progenitores idóneos para el cuidado y atención del menor (SAP Bilbao (Sección 4) 17 octubre 2013. Recurso 308/2013). Por el contrario, la SAP Donostia-San Sebastián (Sección

⁶⁷ Confirmada por la STS 515/2015, de 15 de octubre de 2014 (Rec. 2260/2013): "Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio"

⁶⁸ Casada por STS 400/2016, de 15 de junio de 2016 (Rec. 1698/2015) porque se concedió la custodia compartida sin que hubiese sido solicitada por ninguna de las partes.

2) 18 julio 2013. Recurso 2193/2013 deniega la custodia compartida concedida en primera instancia porque valora negativamente que el padre haya rehecho su vida, pues ello supone que el padre no sólo va a tener que dedicarse al cuidado de sus hijos, sino también a los hijos de su compañera sentimental.

Se valora positivamente para conceder la custodia compartida en segunda instancia que no existan problemas de tipo económico por parte de los progenitores, pues cada uno tiene una vivienda (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 11 junio 2013. Recurso 252/2013)

H. La existencia de la figura de un “cuidador principal” durante la convivencia

Se ha tenido en cuenta en 14 ocasiones.

Se valora positivamente para conceder al custodia compartida el interés por el padre hacia la menor desde la ruptura (SAP Bilbao (Sección 4) 6 octubre 2015. Recurso 308/2015).

El hecho de que durante la convivencia fuera la madre quien de manera casi exclusiva atendiera directamente a los hijos, mientras que el padre se dedicaba a trabajar en sus empresas, no es por sí un dato suficiente para rechazar la idoneidad de la custodia compartida, pues a falta de toda prueba en contrario habrá de considerarse que ello obedecía a un interés y decisión común (SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 27 julio 2015. Recurso 3251/2015). Sobre todo si concurre el interés, actitud y aptitud por parte de los dos progenitores para prestar los cuidados y atenciones que precisen los menores (SAP Bilbao (Sección 4) 17 julio 2015. Recurso 107/2015). Si concurren los requerimientos necesarios para poder desarrollar la custodia compartida y no se comprueba la existencia de razones o causas graves y concretas que excluyan tal posibilidad, la discusión acerca de quién dedicó más o menos tiempo al cuidado del menor, o quién dispone de más o menos tiempo para su cuidado y atención presente, resulta superflua, pues se trata de regular y desarrollar las relaciones para el futuro (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 22 abril 2014. Recurso 64/2014"

La mayor dedicación de la madre al cuidado de los hijos durante el matrimonio en distribución de funciones no es razón suficiente para atribuirle la guarda exclusiva (SAP Bilbao (Sección 4) 8 octubre 2014. Recurso 167/2014; SAP Bilbao (Sección 4) 10 septiembre 2014. Recurso 268/2014; SAP Bilbao (Sección 4) 27 febrero 2014. Recurso 677/2013; SAP Bilbao (Sección 4) 22 enero 2014. Recurso 527/2013; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 11 septiembre 2013. Recurso 224/2013)

Sin embargo, la SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 22 julio 2013. Recurso 3221/2013 no concede la custodia compartida y señala que ambos progenitores manifestaron en el interrogatorio que fue la madre quien se dedicó

al cuidado de los menores desde su nacimiento prácticamente en exclusiva⁶⁹. También la SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 9 julio 2013. Recurso 2166/2013, deniega la custodia compartida concedida en primera instancia y atribuye la custodia a la madre señalando que durante la convivencia de la pareja con sus hijos, la madre ha dispuesto de más tiempo para ocuparse de ellos. Asimismo la SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 7 junio 2013. Recurso 202/2013 mantiene la custodia a favor de la madre y señala que la figura materna ha sido la principal cuidadora de los menores durante la convivencia y ha estado más implicada en su educación y evolución, por lo que considera conveniente dar continuidad a esa situación, que es la que supondría menos cambios para los menores.

Pero, la mayor dedicación del padre durante la convivencia se tiene en cuenta para acordar la custodia compartida en apelación y que se había denegado en primera instancia, junto con el hecho de que el padre sea la figura de referencia principal tanto en cuidados como en el seguimiento integral del menor (SAP Bilbao(Sección 4) 6 marzo 2014. Recurso 407/2013).

I. Aportación de plan de parentalidad

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

SAP Donostia-San Sebastián 22 julio 2013. Recurso 3258/2013 mantiene la custodia a favor de la madre y señala que no puede vehicularse la custodia compartida con la venta de la vivienda.

J. Mantenimiento del *status quo*

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 3350/2013⁷⁰) 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

⁶⁹ Confirmada por la STS 515/2015, de 15 de octubre de 2014 (Rec. 2260/2013): "Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio".

⁷⁰ Casada por STS 465/2015 de 9 de septiembre de 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)".

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 judicialmente⁷¹. 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 330/2015⁷²; Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 9 septiembre 2015. Recurso 317/2015⁷³; 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 2014 Recurso 2308/2014⁷⁴; SAP Bilbao (Sección 4) 15 diciembre 2014 Recurso 518/2014⁷⁵.

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

⁷¹ Casada por STS 133/2016, de 4 de marzo de 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”.

⁷² 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”

⁷³ 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”

⁷⁴ Confirmada por STS 86/2016, de 19 de febrero de 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”.

⁷⁵ Confirmada por Confirmada por STS 750/2015, de 30 de diciembre de 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 a sustentar una pretensión de cambio de las mismas amparada en una valoración distinta del interés de los menores”

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)

K. Existencia de facto de un régimen de custodia compartida.

Se ha tenido en cuenta en 6 ocasiones.

Algunas sentencias consideran que *de facto* ya existe una situación de custodia compartida y que es necesario dar el nombre jurídico que corresponde, reconociendo la custodia compartida (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 3 diciembre 2014. Recurso 219/2014⁷⁶; SAP Vitoria Gasteiz (Sección 1) 27 octubre 2014. Recurso 263/2014⁷⁷; "Bilbao (Sección 4) 10 septiembre 2014. Recurso 268/2014⁷⁸; SAP Bilbao (Sección 4) 21 mayo 2014. Recurso 342/2014 donde el padre tenía un amplio régimen de visitas; SAP Bilbao (Sección 4) 6 marzo 2014. Recurso 407/2013⁷⁹; SAP Bilbao (Sección 4) 8 octubre 2014. Recurso 167/2014⁸⁰.

L. Error en el *petitum*

⁷⁶ Señala: "Además, la adaptación prácticamente se ha producido, pues el amplio régimen de visitas ha propiciado que los menores interioricen el patrón de cambios de uno a otro núcleo residencial".

⁷⁷ Señala: "la propia progresión del régimen de visitas instaurado con carácter provisional, dotado de estancias de fin de semana y visitas intersemanales, con las correspondientes pernoctas configura un régimen próximo al régimen alternativo de permanencia continuada por semanas completas establecido en la sentencia".

⁷⁸ Señala: "teniendo en cuenta que ha venido desarrollándose la guarda y custodia compartida desde que operó el cese de la convivencia "

⁷⁹ Señala: "Dicha atribución de guarda y custodia exclusiva al padre es contradictoria con la situación cotidiana y de reparto de tiempo diario del menor con sus progenitores, puesto que se atribuye a la madre un régimen de visitas con el menor de todas las tardes de la semana, de lunes a viernes, salvo los fines de semana alternos que corresponda al padre, desde la salida del centro escolar hasta las 20 horas, lo que viene a reflejar la procedencia de una guarda y custodia compartida como la solución más beneficiosa para el menor"

⁸⁰ Señala: "Dicha atribución de guarda y custodia exclusiva a la madre es contradictoria con la situación cotidiana y de reparto de tiempo diario de los menores con sus progenitores, puesto que se atribuye al padre un amplio régimen de visitas, y además tiene una comunicación diaria con sus hijos que consistía".

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

M. Es un procedimiento de modificación de medidas definitivas ¿existe variación sustancial de las circunstancias?

Se ha tenido en cuenta en 20 ocasiones.

SAP Donostia-San Sebastián 22 julio 2013. Recurso 3258/2013 mantiene la custodia a favor de la madre porque considera que si bien el mero transcurso del tiempo tienen influencia no puede perderse de vista que no se ha pedido en ningún momento una ampliación del régimen de visitas, por lo que la convivencia diaria de las menores se produce con la madre y que por lo tanto, ha de concluirse que dicha alteración no se ha producido.

La SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 18 julio 2013. Recurso 208/2013 tampoco entiende que se haya producido una alteración en las circunstancias por el hecho de que el padre haya abandonado el fútbol como futbolista, porque tal circunstancia era claramente previsible cuando se suscribió la propuesta de convenio regulador luego aprobada por la sentencia dictada en el procedimiento de divorcio, ya que entonces tenía aquél 32 años de edad.

Por el contrario, la SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 11 junio 2013. Recurso 252/2013 entiende que ha habido modificación de las circunstancias desde que se dictó la sentencia de modificación de medidas y concede la custodia compartida que se había denegado en primera instancia (con la argumentación de que la única modificación existente en este caso es que el menor tiene dos años más que cuando se dictó la anterior resolución sobre modificación de medidas, lo que no es suficiente para determinar cambio en las circunstancias, de ocho a diez años prácticamente no hay diferencia). La AP sin embargo valora el conjunto de circunstancias y entiende que si habido alteración en las mismas⁸¹.

N. Interés del solicitante que se infiere de su actuación procesal

SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 20 noviembre de 2013. Recurso 405/2013: “Como anticipamos el padre interesa el establecimiento de una guarda y custodia compartida de la menor y la exención del pago de la pensión económica de 400 euros al mes. La modificación pretendida responde fundamentalmente a salvaguardar los intereses del padre y no de la menor, quien recientemente ha reanudado la relación con dicho progenitor de una forma progresiva. No es el interés del progenitor sino el del hijo el que debe presidir e informar las decisiones que se adopten respecto a los descendientes

⁸¹ Señala: “los progenitores han acreditado suficientes aptitudes para relacionarse con el menor, ha habido un respeto mutuo entre ambos y entre ellos y el niño, el régimen de alternancia va a beneficiar al niño en cuanto que va a poder relacionarse con su padre y con su madre con el mismo grado de intensidad, y ambos van a poder participar de la misma forma en la formación y educación del niño. No existen problemas de tipo económico por parte de los progenitores, cada uno tiene una vivienda para que el niño pueda vivir igual de cómodo en la casa del padre como de la madre, como ya hemos dicho solo es necesario una buena disponibilidad por parte de los progenitores”

menores de edad. La custodia compartida no es remedio para solucionar las dificultades económicas del padre apelante, como parece entender dicho progenitor a la vista de los argumentos del recurso, sino que es una medida que debe adoptarse cuando se vislumbre como beneficiosa y adecuada para proteger adecuadamente al hijo menor art. 92-8 CC”.

3.7. LA RIOJA

3.7.1. ANÁLISIS CUANTITATIVO

Se han seleccionado 2 sentencias.

Del examen realizado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª. Reconocen la custodia compartida: 0 (0%)

- En ambas instancias: 0
- Sólo en la primera instancia: 0
- Sólo en la Audiencia provincial: 0

2ª. No reconocen la custodia compartida: 2 (100%)

3ª. Han sido casadas por el Tribunal Supremo: 0

- El TS dice que sí procede la custodia compartida: 0
- El TS dice que no procedía la custodia compartida: 0

4ª. Han sido confirmadas por el Tribunal Supremo: 0

- El TS confirma que no procede la custodia compartida: 0
- El TS confirma que sí procedía la custodia compartida: 0

5ª ¿Quién solicita la custodia compartida? En todos los casos, ha sido el padre.

6ª. ¿En qué procedimientos han recaído?

- Divorcio/separación: 2
- Guarda y custodia/relaciones paterno-filiales: 0
- Modificación de medidas: 0

7ª. Como se verá a continuación, el factor más determinante es la práctica anterior de los padres en sus relaciones con los menores, seguido del informe psicosocial.

3.7.2. ANÁLISIS CUALITATIVO

A. La distancia entre domicilios

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

B. La conflictividad de la pareja

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

C. Informe psicosocial

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

La inexistencia del informe psicosocial se valora en contra del reconocimiento de la custodia compartida. En la SAP Logroño (Sección 1)12 marzo 2014 Recurso 38/2014 que mantiene la custodia a favor de la madre señala que no se ha practicado en autos informe técnico alguno, ni pericial psicológica aportada por las partes, ni pericial por parte del equipo psicosocial del juzgado.

D. La opinión del menor

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

E. La edad del menor

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

F. El informe del Ministerio Fiscal

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

G. Posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

H. La existencia de la figura de un “cuidador principal” durante la convivencia

Se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones.

La SAP Logroño (Sección 1) 11 sept 2015 Recurso 266/2015 mantiene la custodia a favor de la madre porque ella era quien tenía una participación superior en el cuidado de las menores. Lo mismo la SAP Logroño (Sección 1)12 marzo 2014 Recurso 38/2014, mantiene la custodia a favor de la madre, porque la menor desde que tenía cuatro años había quedado bajo su cuidado exclusivo, dada la situación del padre que hasta hace unos meses se encontraba en prisión.

I. Aportación de plan de parentalidad

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión

J. Mantenimiento del *status quo*

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión

K. Existencia *de facto* de un régimen de custodia compartida.

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión

L. Error en el *petitum*

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

M. Es un procedimiento de modificación de medidas definitivas ¿existe variación sustancial de las circunstancias?

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

N. Interés del solicitante que se infiere de su actuación procesal

3.8. GALICIA

3.8.1. ANÁLISIS CUANTITATIVO

Se han seleccionado 59 sentencias.

Del examen realizado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. Reconocen la custodia compartida: 25 (42,37%)

- En ambas instancias: 15

- Sólo en la primera instancia: 2

- Sólo en la Audiencia provincial: 10

2. No reconocen la custodia compartida: 34 (57,63%)

3. Han sido casadas por el Tribunal Supremo: 2

- El TS dice que sí procede la custodia compartida: 1

- El TS dice que no procedía la custodia compartida: 1

4. Han sido confirmadas por el Tribunal Supremo: 2

- El TS confirma que no procede la custodia compartida: 2

- El TS confirma que sí procedía la custodia compartida: 0

¿Quién solicita la custodia compartida? En todos los casos, ha sido el padre.

5. ¿En qué procedimientos han recaído?

- Divorcio/separación: 22

- Guarda y custodia/relaciones paterno-filiales: 18 de los que 1 procedía de un procedimiento de violencia de género

- Modificación de medidas: 19. De las que 4 se han concedido custodia compartida en 1º instancia y apelación (21,05%), de las que 11 no se ha concedido custodia compartida ni en 1ª instancia ni en apelación (57,89%), de las que 3 no se ha concedido custodia compartida en 1ª instancia y si en apelación (78%) y de la que 1 si se ha concedido custodia compartida en la 1ª instancia y no en la apelación (5,26%)

6. Como se verá a continuación, el factor más determinante es el informe psicosocial, seguido de la práctica de los padres en relación con los hijos,

anterior a la ruptura (la existencia de un “cuidador principal” durante la convivencia).

3.8.2. ANÁLISIS CUALITATIVO

A. La distancia entre domicilios

Se ha tenido en cuenta en 3 ocasiones.

La distancia puede considerarse en algunos casos como factor que dificulta la concesión de la custodia compartida:

- La distancia entre Vigo, donde está escolarizado el menor, y Ourense, donde está el domicilio del padre dificulta la concesión de la custodia compartida que no responde al interés del menor porque los progenitores no viven en la misma localidad y obliga al menor a realizar traslados domiciliarios. (SAP Ourense de 15 de octubre de 2014, Rec. 130/2014).

Sin embargo si el marco geográfico es adecuado por proximidad de los domicilios de los padres y el centro educativo, es criterio tomado en cuenta para la atribución de dicha custodia compartida:

- Es adecuado el marco geográfico, dado que Jesus Miguel reside en Villagarcía de Arousa, y Teodora lo hace en la próxima Vilanova de Arousa, localidad en que cursa estudios el menor. (SAP Pontevedra de 1 de octubre de 2014, Rec. 240/2014).

- Se acepta que los domicilios paterno y materno están muy próximos (confluyen una y otra calle), y no alteraría en modo alguno la vida escolar el desplazamiento desde uno u otro domicilio al centro educativo. (SAP Coruña de 17 de enero de 2013, Rec. 385/2013).

B. La conflictividad en la pareja

Se ha tenido en cuenta en 17 ocasiones.

La definición de la conflictividad puede resultar del hecho de que las relaciones entre los progenitores no sean pacíficas, fluidas o cordiales con continuados episodios de desencuentros por los más diversos motivos, razones por las cuales y atendiendo siempre y primordialmente el interés de la hija menor hace que no se conceda la custodia compartida. (SAP Lugo de 12 de junio de 2013, Rec. 255/2013).

En ocasiones no se concede la custodia compartida por considerar que existen criterios que reflejan una conflictividad relevante y que hace inviable dicho régimen. Entre estos criterios destacamos:

- Los diferentes correos entrecruzados por los padres aportados al procedimiento reflejan la existencia de conflictos, se resalta que la ausencia de conflictos entre los progenitores en relación a la vida y educación de los hijos en todos los ámbitos sería necesaria para la concesión de la custodia compartida. (SAP Orense de 15 de octubre de 2014, Rec. 130/2014).

-Entre los padres no existe ningún tipo de comunicación, siendo evidente el enfrentamiento que mantienen. (SAP Orense de 6 de noviembre de 2015, Rec. 306/2015).

- Con posterioridad a la interposición de la demanda, han surgido situaciones graves de tensión que han derivado en actuaciones penales en las que el demandante al menos ha sido condenado por una falta de injurias contra la demandada. (SAP Pontevedra de 24 de julio de 2015, Rec. 33/2015).

-La conflictividad respecto al pago de la hipoteca y un préstamo, que está abonando el padre, el cual permaneció en el domicilio conyugal, que aunque se insiste que dicha conflictividad no es relevante ni irrelevante para determinar la custodia compartida, no facilitaría permanentes acuerdos dados los complejos horarios del padre. (SAP Coruña de 8 de octubre de 2014, Rec. 252/2014).

- Presencia de procedimiento penales de contenido familiar y prueba de ello es la competencia se ha atribuido al Juzgado de violencia sobre la mujer. (SAP Orense de 31 de julio de 2014, Rec. 191/2014). En cierta ocasión inicialmente se concede la custodia compartida (SAP Coruña de 27 de mayo 2015, Rec. 46/2015) y con posterioridad dicha sentencia es casada por el Tribunal Supremo al existir un juicio de maltrato⁸².

- Falta de entendimiento que media entre ambos progenitores, con frecuentes desencuentros sobre la forma de cumplimiento del régimen de vistas, que ha dado lugar, ocasionalmente, a la intervención policial. (SAP Orense de 22 de noviembre de 2013, Rec. 332/2013).

A veces la conflictividad no se define. Simplemente se reconoce un nivel de alto grado de dicha conflictividad entre ambos progenitores y por haberlo destacado así el informe pericial psicosocial, lo que conlleva a la determinación de la custodia materna. (SAP Orense de 31 de julio de 2014, Rec. 191/2014). E incluso el informe aún la conflictividad con la mala comunicación entre los progenitores (SAP de 10 de octubre de 2013) o recomienda a los progenitores acudir a un proceso de mediación para llegar a un consenso (SAP Pontevedra de 23 de septiembre de 2013, Rec. 284/2013).

⁸² Sentencia casada por STS 350/2016, de 26 de mayo de 2016 (Rec. 2410/2015) que se deniega custodia compartida, ya que hay el padre está incurso en procedimiento por maltrato. Aplica el nuevo art. 92.7 tras reforma de 2015, que recoge la jurisprudencia anterior del TS.

A la hora de valorar la conflictividad de los padres en la concesión o no de la custodia compartida, debe primar la estabilidad del menor. No se concederá la custodia compartida cuando exista un riesgo o perjuicio para el menor. Se considera que lo más conveniente para el estado emocional del niño es evitar la situación de conflicto de sus padres, así como conflictos de lealtades, y la confusión lógica que crea la separación de los padres en niños de corta edad, que desde la ruptura matrimonial ha convivido con la madre, por propio acuerdo de los progenitores, y sus desavenencias posteriores no pueden cargar sobre la estabilidad emocional y afectiva del hijo. La Audiencia no se arriesga a cambiar la custodia y ocasionar un perjuicio para el menor. (SAP Coruña de 27 de octubre 2014, Rec. 344/2014).

Sin embargo, en otras ocasiones se concede la custodia compartida porque se considera que las tensiones entre los progenitores o ha funcionado la necesidad de que existiera una tercera persona en la entrega del menor y las posibles discusiones entre ellos no son impedimento para la concesión de la custodia compartida. (SAP Coruña de 18 de marzo de 2015, Rec. 60/2014; SAP Orense de 10 de noviembre de 2015, Rec. 320/2015) Así mismo, se considera en otros casos que no consta que la mala relación entre los progenitores pueda afectar a la menor hoy con 4 años de edad. (SAP Pontevedra de 30 de julio de 2014. Rec.588/2013).

También nos encontramos con casos en que se reflejan la existencia de numerosas denuncias pero que ninguna de ellas prosperaron y se resalta que los problemas de las parejas son los previsibles en una custodia compartida. (SAP Coruña 29 de mayo 2015, Rec. 424/2014). En otros casos aun existiendo procesos penales sobreseídos no se concede la custodia compartida porque se considera que lo significativo es el nivel de conflictividad que advierte el informe técnico al reflejar que no era adecuado dada la tensión e incomunicación entre los padres. (SAP Santiago de Compostela de 30 de junio de 2014, Rec. 183/2014).

C. Informe psicosocial

Se ha tenido en cuenta en 32 ocasiones.

El informe psicosocial puede servir para la no concesión de la custodia compartida:

En ocasiones la falta de un informe pericial que avale el cambio, justifica la no concesión de la custodia compartida. (SAP Orense de 22 de noviembre de 2013, Rec. 332/2013; SAP Coruña de 29 de abril de 2015, Rec. 511/2015) o bien por la existencia de un convenio regulador (SAP Coruña de 10 de octubre de 2014, Rec. 128/2014).

Será el informe psicosocial el que a veces desaconseja el cambio de la custodia relacionándolo con la nueva situación laboral del padre que acaba de constituir una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal y le dejará menos tiempo libre para estar con el menor aunque sí que es proclive a una ampliación de visitas por la buena vinculación del padre. (SAP Coruña 27 de octubre de 2014, Rec. 344/2014).

Así mismo, se trae a colación el informe del Imelga sobre el desarrollo de la custodia por parte de la madre y así se expresa que si bien ambos progenitores reúnen condiciones para hacerse cargo de la atención de las menores, pero que la madre es la progenitora que puede preservar mejor el actual estilo de vida de las niñas lo que es positivo para su desarrollo y bienestar lo que se complementa con el apego que las niñas sienten hacia su madre. Recomendando el mantenimiento del régimen ya establecido. (SAP Coruña de 30 de julio de 2014, Rec. 75/2014) O incluso considerando que es aconsejable que la madre siga ostentando la custodia, como lo viene haciendo en la actualidad, ya que está desempeñando su función de forma adecuada (SAP Coruña de 25 de marzo de 2015, Rec. 372/2014).

Será también el informe psicosocial denegatorio el que en ocasiones ponga de manifiesto:

- grados altos de conflictividad entre los padres (SAP Orense de 31 de julio de 2014, Rec. 191/2014; SAP Santiago de Compostela de 30 de junio de 2014, Rec. 183/2014), uniéndose incluso esta conflictividad a la mala comunicación entre los progenitores (SAP Coruña de 10 de octubre de 2013, Rec. 85/2013) o a la necesidad de un proceso de mediación. (SAP Pontevedra de 23 de septiembre de 2013, Rec. 284/2013).
- alcoholismo (SAP Coruña de 19 de marzo de 2015, Rec. 482/2014) o incumplimiento reiterado del régimen de visitas por el padre (SAP Pontevedra de 12 de julio de 2013, Rec. 274/2013).
- un fuerte apego materno-filial al convivir el menor desde que nació con su madre. (SAP Pontevedra de 10 de diciembre de 2015, Rec. 528/2015).
- la reciente constitución de una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal del padre le acaparará más tiempo y quitará tiempo libre. (SAP Pontevedra de 1 de octubre de 2014, Rec. 240/2014).

El propio informe puede considerar que no recomienda la custodia compartida salvo que se produzca una flexibilidad de horarios y el Tribunal ante las pruebas de dicha flexibilidad acaba fijando la custodia compartida. (SAP Coruña de 23 de octubre de 2015, Rec. 221/2015).

Pero también el informe psicológico puede resaltar los pros y los contras de la custodia compartida. Puede destacar elemento favorable que ninguno de los padres ha predispuesto negativamente a menor con respecto al otro progenitor,

dato este que la Sala juzga muy relevante. Poniendo de manifiesto que hasta ahora las relaciones han sido de tal cordialidad que incluso el padre conserva la llave del domicilio que fue familiar, y le da en ocasiones allí la cena a la niña, la baña y la acuesta. Pero también el informe psicosocial se limita a "aventurar" un posible deterioro de la relación entre ellos si es que se optara por una custodia compartida. Aunque el Tribunal es el que toma la decisión y una vez leído su dictamen y haber escuchado a ambos padres considera que no tiene por qué darse dicha circunstancia, o que los padres, en función del bienestar que ambos desean, para la menor no puedan solventarlos, caso de llegar a existir. (SAP Pontevedra de 11 de diciembre de 2014, Rec. 547/2014; SAP Coruña 3 de diciembre de 2015, Rec. 517/2015).

En ocasiones aunque el informe psicosocial en principio proponía la custodia compartida, ello no justifica un cambio de la situación que había y que se decide mantener en interés del menor. (SAP Coruña de 16 de junio de 2014, Rec. 180/2014).

Pero también encontramos muchas decisiones que se apoyan en dicho informe para dar una valoración positiva a la custodia compartida:

Simplemente nos remite al informe Imelga por considerar que existen todas las condiciones favorables para la custodia compartida y en general las convincentes razones y pruebas de la sentencia, entre las cuales está el dictamen amplio, muy completo y fundado, realizado por el equipo psicosocial del Imelga. (SAP Coruña de 13 de noviembre de 2015, Rec. 137/2015; SAP Pontevedra de 23 de julio de 2014, Rec. 174/2014).

En ocasiones será el informe psicosocial que siendo relevante no es de ineludible cumplimiento el que aconseje la custodia compartida siempre desde un marco de diálogo entre los padres. (SAP de Pontevedra de 24 julio de 2014 Rec. 588/2013; SAP de Coruña 30 de julio de 2014, Rec. 75/2014)) o porque revela un apego afectivo de los menores con sus padres. (SAP Coruña de 10 de junio de 2014, Rec. 540/2013).

Así mismo este informe psicosocial recomiende dicho régimen de custodia compartida tras la solicitud de informes a los servicios sociales de Ayuntamiento, conversaciones con los profesores de los menores, oportunas entrevistas mantenidas con progenitores e hijos y observación de las relaciones paterno y materno filiales, al comprobar que la menor se encuentra bien viviendo con su padre y con su madre y constatar que el deseo de la menor es seguir conviviendo con los dos. (SAP Pontevedra de 6 de noviembre de 2014, Rec. 454/2014).

También se reconocen en alguna ocasión que hubo errores en el informe que, si bien son ciertos, y no debían de haberse producido, en todo caso, carecen de trascendencia para la decisión de acordar la custodia compartida, pues aun

cuando se hubieran corregido dichos errores, ello no conduciría a la improcedencia del régimen de custodia compartida. Y que además, el equipo psicosocial explica detalladamente en su informe las circunstancias que ha tenido en cuenta para recomendar el régimen de custodia compartida, sin que exista ninguna disposición legal ni administrativa que le obligue, como pretende la apelante, a aportar documentación o material con arreglo al cual han realizado el informe. (SAP Coruña de 16 de junio de 2015, Rec. 25/2015).

Y en ocasiones la decisión de fijar la custodia compartida se apoya en esta prueba pericial psicosocial imparcial del Equipo técnico especializado y se recuerda que no se puede minusvalorar dado su contenido y resultado concluyente en el sentido de que el régimen más beneficioso para la hija es el de guarda y custodia compartida entre ambos progenitores. (SAP Coruña de 15 de mayo 2015, Rec. 45/2015).

El informe favorable a la custodia compartida puede ser decisivo para concederlo porque, no sólo puede dejar claro las habilidades, capacidades y aptitudes adecuadas de los padres (SAP Coruña de 11 de julio de 2014, Rec. 134/2013; SAP Coruña de 17 de diciembre de 2013, Rec. 195/2013; SAP Pontevedra de 19 de junio de 2013, Rec. 698/2013) para dar respuesta a las necesidades de la menor, sino también demostrar que los padres describen una dinámica familiar durante su convivencia en la que evidencian una coparticipación en el ejercicio de sus responsabilidades parentales y ambos han mantenido en todo momento respeto mutuo en el proceso de separación, transmitiendo, durante la valoración realizada, las cualidades positivas del otro y el interés superior de ambos de que menor esté bien, sea feliz y no sufra muchos cambios. Incluso este informe puede ser relevante para mostrar el verdadero deseo de los padres que aunque en la exploración dijo que quería estar con la madre, el equipo psicosocial demuestra que su único deseo es que ambos se relacionen más. (SAP Coruña de 17 de septiembre de 2015, Rec. 322/2015).

En ocasiones el informe psicosocial señala que parece más conveniente para las menores el establecimiento de la custodia compartida y aun cuando del informe mencionado se desprende que el progenitor no cuida con el esmero que realiza la madre respecto a atender a sus hijas, en especial a la menor para que asista a unas clases de refuerzo que por el problema que presenta (trastorno de déficit de atención e hipoacusia) le han sido recomendadas, no es suficiente para no hacerle partícipe de la guarda y custodia y que sino en los demás aspectos como son los médicos, en definitiva los que decidirán todos los cuidados que en general necesiten las menores. (SAP Coruña de 21 de marzo de 2013, Rec. 526/2013).

También los técnicos de Imelga pueden ser interrogados sobre si no sería mejor hacer la custodia por semanas o cada 15 días, contestando que es preferible por trimestres. (SAP Coruña de 23 de julio de 2013, Rec. 226/2014).

D. La opinión del menor

Se ha tenido en cuenta en 12 ocasiones.

El deseo de las menores a veces es claro en la exploración, desearían pasar más tiempo con su padre, pernoctar con él y disfrutar del mismo tiempo con los dos y se da prioridad a dicho deseo a la hora de conceder la custodia compartida. (SAP de 11 de diciembre de 2014) e incluso esta decisión se basa en el deseo de los menores es que quieren vivir con su padre y madre, que se llevan muy bien con los abuelos paternos y maternos que los atienden. (SAP Coruña de 21 de marzo de 2014, Rec. 526/2013).

En ocasiones en la propia exploración del menor, teniendo en cuenta también la edad (14 años en el caso), se considera que el menor muestra madurez y deseo de relacionarse con ambos progenitores. (SAP Pontevedra de 1 de octubre de 2014, Rec. 240/2014; SAP Pontevedra de 23 de julio de 2014, Rec. 174/2014).

Pero también los menores muestran un sentimiento de claro desasosiego ante los continuos traslados, que incluyen libros... etc. mostrando su deseo de un período semanal con cada progenitor. (SAP Coruña 10 de junio de 2014, Rec. 540/2013).

E incluso se tiene en cuenta su deseo para determinar el tiempo de la custodia compartida, valorando el deseo de residir de forma periódica con el padre y teniendo en cuenta también su deseo de que la alternancia sea mensual ya que mantiene una buena relación con la pareja actual de su padre. (SAP Coruña de 17 de enero de 2013, Rec. 385/2013)

Hay casos en los que la separación convivencial de los progenitores se produjo a los pocos meses del nacimiento de la menor y ha vivido siempre con su madre, y en la exploración judicial manifiesta su deseo de permanecer bajo su guarda y custodia. El tribunal tiene en cuenta dicho deseo. (SAP Pontevedra de 10 de diciembre de 2015, Rec. 528/2015).

En otros casos, aunque no se refleja deseo propiamente dicho, en la exploración del menor se detecta, teniendo en cuenta la edad de 12 años, una desafección con el padre que conlleva la no concesión de la custodia compartida (SAP Pontevedra de 24 de julio de 2015, Rec. 33/2015) o simplemente se fundamenta el fallo en el interrogatorio de la hija mayor de 17 años sin especificar cuál fue su deseo pero parece acorde a otras pruebas

como el alcoholismo o el testigo que reconoce que no hay casi trato del padre con sus hijos (SAP Pontevedra de 12 de julio de 2013, Rec. 274/2013).

En este sentido, se concede la custodia materna atendiendo al deseo del menor de estar más tiempo con su padre durante la semana y los fines de semana. Y el menor expresa que en tal caso cree que su madre se pondría triste y no quiere que ello suceda. Así mismo deja claro que lo pasa bien con su padre y familia de éste. En definitiva quiere vivir con su madre porque no quiere verla triste, provocándose en el menor un conflicto de lealtades. La Sala conjugando todos esos datos, y en atención prioritaria al interés del menor, se inclina el Tribunal por respetar el deseo del hijo de conciliar ambos intereses, sobre todo si se tiene en cuenta el inconveniente 6 de que cada progenitor reside en una localidad distinta, por muy cercanas que estén, así como que el centro escolar al que asiste el menor se encuentra en la que reside la madre. No obstante tal idoneidad la considera como tal «al menos de momento». (SAP Oviedo de 16 de junio de 2014, Rec. 210/2014⁸³).

Existe un caso en que se establecen dispares sistemas de guarda y custodia de los hijos que no alcanza en determinar un distanciamiento entre hermanos por hacer coincidir el régimen de visitas:

- se decide un concesión de custodia compartida para la hija teniendo en cuenta el informe psicosocial, el deseo de la menor de convivir con los dos y el acuerdo de los padres, que hacen mantener la situación;
- frente a la custodia exclusiva del padre respecto al otro hijo porque se ha tenido en cuenta su edad de 16 años y su suficiente madurez, radicando en su deseo del menor, que no mantenía buena relación con la pareja que entonces tenía su madre. (SAP Pontevedra 6 de noviembre de 2014, Rec. 454/2014).

Es excepcional que no se tenga en cuenta el deseo de los menores de quedarse con la madre y concederse la custodia compartida. En alguna ocasión se califica a este de “cierto deseo de quedar con su madre”, no obstante lo cual, a diferencia de lo que opinó el Ministerio Fiscal, en la vista del recurso, no se interpreta, por parte del Tribunal, que sea fruto de una convicción sólida y arraigada, ni mucho menos, de una vivencia negativa o de

⁸³ Esta sentencia ha sido confirmada por STS 166/2016, de 17 de marzo de 2016 (Rec. 2129/2014) que valora el conflicto de lealtades que está sufriendo el menor: “Se constata que el Tribunal, tras valorar las pruebas practicadas, considera que objetivamente no existiría inconveniente para conceder la guarda y custodia compartida solicitada por el recurrente, pero, sin embargo, con sensibilidad orientada al interés del menor, y consciente de la doctrina de esta Sala, entiende que «por el momento» se le crea al menor un problema de lealtades que le provoca ansiedad y preocupación, desfavorable para su estabilidad emocional, y de ahí que, partiendo de sus deseos, concluya como más favorable para él un régimen amplio de relación con el padre y la nueva familia de éste, cercano a la custodia compartida, pero sin que la madre, que no tiene nueva familia, pierda su custodia. De este modo el Tribunal de apelación, y así también lo entiende el Ministerio Fiscal, considera que el interés del menor queda más beneficiado, por ahora, conciliándose los dos deseos que expresa respecto de la relación y comunicación con sus progenitores”.

angustioso sufrimiento por el alejamiento con respecto a su madre, durante el ya iniciado proceso de custodia compartida. Destacando que nada de ello verbalizó, sin que, tampoco, se hubiera observado alguna clase de reproche o distanciamiento con respecto a la figura de su padre. No se puede poner, en definitiva, a la menor en la tesitura de optar, abriéndole un conflicto de lealtades susceptible de generar sentimientos de culpabilidad. La separación de sus padres habrá de ser lo menos traumática posible para ella. (SAP Coruña de 17 de septiembre de 2015, Rec. 322/2015).

E. La edad del menor

Se ha tenido en cuenta en 7 ocasiones.

A veces la diferente edad de los hijos aconseja no adoptar la custodia compartida porque la mayor requiere de unos determinados hábitos de estudio y la menor no ha podido mantener contacto constante con su padre. (SAP Coruña de 8 de Octubre de 2014, Rec. 252/2014).

Pero también teniendo en cuenta la edad del menor de 9 años se considera que no se le puede colocar en la tesitura de elegir, y se opta por el sistema de custodia compartida aunque ese no fue su deseo por que se considera que es el más favorable. (SAP Coruña de 17 de septiembre de 2015, Rec. 322/2015).

En otras ocasiones se fija la custodia compartida teniendo en cuenta la edad de la menor, que nació en el año 2011 y los vínculos que ha venido manteniendo con su padre, con reparto de tareas con su madre (él también la llevaba al médico, por ejemplo y le da la cena a diario) en sus atenciones y cuidados. (SAP Pontevedra de 11 de diciembre de 2014, Rec. 547/2014).

Así mismo, la edad de la menor puede ser determinante para la concesión de la custodia compartida por la buena relación de los padres porque ahora tiene 8 años con asunción de la separación de los padres que se produjo cuando tenía 4 años. (SAP Coruña de 11 de julio de 2014, Rec. 134/2013).

Todo ello no impide que se puede establecer un régimen transitorio de custodia materna, con visitas diarias a favor del padre todas las tardes de lunes a jueves, a fin de fomentar la relación de aquella con su hijo, el sistema más beneficioso para el menor, una vez alcanzados los 6 o 7 años, edad ésta que el menor ya ha cumplido, es la custodia compartida, con un reparto de tiempo que podría ser semanal o mensual. (SAP Coruña de 17 de diciembre de 2013, Rec. 195/2013).

Hay en ocasiones en los que se considera que la edad del menor no es relevante aunque sea lactante ya que tampoco la lactancia pues se reconoce por la madre que tiene previsto dejarla al final del Verano, que el pediatra anterior le dijo que la dejara definitivamente ya antes y que el niño ya come de

todo, si bien sigue demandando pecho y se lo da como complemento. (SAP Pontevedra de 19 de junio de 2013, Rec. 698/2013).

Pero en cierta ocasión se considera que la edad del menor de 3 años junto a problemas de conciliación y siempre en interés del menor, son causa que justifican la concesión de la custodia materna con el consiguiente rechazo de la compartida. En este sentido la Sala considera que el niño, de sólo tres años en la actualidad, permanece bajo el cuidado materno desde el cese de convivencia conyugal en agosto de 2013, considerándose intrascendente la asignación de días alternos desarrollada hasta el dictado de auto de medidas provisionales, dado que persistió siempre la pernocta con la madre. Consta la actual adaptación del menor al régimen establecido por la antedicha resolución. (SAP Pontevedra de 25 de noviembre de 2014, Rec. 2014 ⁸⁴).

F. El informe del Ministerio Fiscal

Se ha tenido en cuenta en 14 ocasiones.

El informe del Ministerio Fiscal no es un factor decisivo y se concede la custodia compartida aunque el informe del Ministerio Fiscal apoye la pretensión de la madre de una custodia exclusiva a su favor, porque se cumplen las condiciones para una compartida. (SAP Coruña de 13 de noviembre de 2015, Rec. 137/2015).

En otras ocasiones se tiene en cuenta dicho informe para conceder la custodia compartida (SAP Pontevedra de 1 de octubre de 2014, Rec. 240/2014; SAP Coruña de 7 de diciembre de 2015, Rec. 218/2015; SAP Pontevedra de 23 de julio de 2014, Rec. 174/2014). Se tiene en cuenta, junto con el resto del material probatorio, para reforzar la decisión de conceder la custodia compartida. (SAP Coruña de 17 de enero de 2013, Rec. 385/2013), valorándolo junto al informe emitido por Imelga y siempre manifestando que dicha medida de guarda es más apropiada y adecuada atendiendo, precisamente, al interés de los menores. (SAP Coruña de 3 de marzo de 2015, Rec. 159/2014).

Pero no hay que olvidar que el Ministerio Fiscal también puede pedir la custodia compartida aunque la decisión final corresponda lógicamente al tribunal. (SAP Coruña de 15 de mayo de 2015, Rec. 45/2015).

⁸⁴ Sentencia casada por STS 753/2015, de 30 de diciembre de 2015 (Rec. 183/2015) que en relación a la petrificación de medida contenida en medidas provisionales considera que no es justificación suficiente e incluso en relación a la edad destaca que a adaptación del menor al régimen establecido por una previa resolución de medidas provisionales 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 a partir de una medida que esta Sala ha considerado 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, de una forma responsable.

El informe favorable del Ministerio fiscal no resulta imprescindible y en determinados casos ni concurre. (SAP Orense de 15 de octubre de 2014, Rec. 130/2014).

Pero también se recuerda la importante labor del Ministerio Fiscal, ya que en estos procesos de familia tiene una intervención destacada en defensa de la legalidad y del interés público, con imparcialidad, particularmente para velar por el interés prevalente de los menores, y se tiene en cuenta su criterio para la no concesión de la custodia compartida, junto a otros criterios como la falta de conciliación familiar y laboral, porque tampoco considera beneficiosa para la menor una custodia compartida en tal situación. (SAP Coruña de 26 de octubre de 2015, Rec. 24/2015).

A veces se tiene en cuenta el informe del Ministerio Fiscal que no ve interés para el menor en la concesión de la custodia compartida porque se rompería una situación estable que viene dada desde la ruptura de la pareja. (SAP Coruña 29 de mayo de 2015, Rec. 424/2014).

Se resalta que aunque este informe no es vinculante es valorable para no conceder la custodia compartida al emitir un juicio contrario a dicha concesión (SAP Pontevedra de 24 de julio de 2015, Rec. 33/2015)

Así mismo se tiene en cuenta el informe del Ministerio Fiscal desfavorable a la custodia compartida al matizar que el régimen acordado en el convenio regulador no es una custodia compartida sino una atribución al padre con unas visitas para la madre. (SAP Coruña de 29 de enero de 2015, Rec. 23/2015; SAP Coruña de 18 de marzo de 2015, Rec. 60/2014). .

Se da prioridad al interés del menor (no definido en el art. 92 C.C, ni en el art. 9 de la L.O 1/96 de 15 de Enero) porque se ve parece más protegido, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal permaneciendo con la madre, con un amplísimo sistema de visitas al padre, lo cual evitaría el sentimiento de pérdida, pero las menores no pueden estar a expensas de los días en que no trabaja el padre, para pernoctar con el mismo. (SAP Coruña de 8 de octubre de 2014, Rec. 252/2014).

G. Posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral

Se ha tenido en cuenta en 12 ocasiones.

Existen situaciones en las que la falta de estabilidad laboral o de medios adecuados para asumir la custodia de los menores, e incluso la falta de estabilidad en relación al lugar de residencia del padre conlleva un criterio determinante junto a otros de la no concesión de la custodia compartida. (SAP Orense de 6 de noviembre de 2015, Rec. 306/2015).

En este sentido, no se concede la custodia compartida atendiendo a las circunstancias de la vida y búsqueda de empleo, en el caso en el que un padre tuvo que marchar a formarse y trabajar a Francia en octubre de 2011, residiendo y trabajando desde entonces allí. La hija nació en noviembre de 2010. Ha sido por ello la madre la que ha tenido que asumir la mayor parte del tiempo en exclusiva los cuidados diarios de la niña desde aquella fecha. La situación de cara al futuro viene a ser la misma. Que el padre esté facultado por su empresa a venir a España una semana al mes, si no hay otros impedimentos o viajes, y que haya alquilado una vivienda para poder así relacionarse mejor con la hija los tiempos que le corresponden no significa que esté justificada una custodia compartida, pues ni resulta lo más beneficioso para la hija, según los antecedentes del caso, previsiones de futuro y problemas probables que puede generar tal ejercicio conjunto por padre y madre, residiendo en países distintos. (SAP Coruña de 26 de octubre de 2015, Rec. 24/2015).

Así mismo la no concesión de la custodia compartida puede venir determinado por la complejidad de los horarios de trabajo del padre (en julio del año 2013 tendría libres los días 1 y 2 (lunes y martes), 7 y 8 (sábado y domingo), 14 y 15 (domingo y lunes), 20 y 21 (sábado y domingo) y 26 y 27 (viernes y sábado)) y que además van alterándose en sucesivos meses y que a su vez pueden ser alterados. La profesión en este caso era la de interventor de Renfe. (SAP Coruña de 8 de octubre de 2014, Rec. 252/2014).

En este mismo sentido, se considera para rechazar la custodia compartida que atendiendo a la corta edad de menor, los horarios de la madre son más compatibles el decir que en evitación de excesivos traslados y cambios de domicilio desestabilizantes, la diferente situación laboral de ambos progenitores, la madre empleada en empresa en semanas alternas con horarios de mañana (6 a 14 horas) o tarde (14 a 22), extremo, ajeno ciertamente a la voluntad del progenitor, pero que influye poderosamente en el efectivo desarrollo cotidiano y regular de la custodia. (SAP Pontevedra de 25 de noviembre de 2014⁸⁵).

Sin embargo existen resoluciones en sentido contrario donde se mencionan los posibles problemas de conciliación pero no se consideran relevantes para la no concesión, basándose la decisión en otros criterios. Esa falta de conciliación puede ser motivada por el menor tiempo que pudiera tener el padre para estar en compañía de la menor durante la jornada laboral, y se considera que se

⁸⁵ Sentencia casada por STS 753/2015, de 30 de diciembre de 2015 (Rec. 183/2015) (ya citada en nota 1 pero en relación a otro criterio) reconociendo que la petrificación de medida contenida en medidas provisionales, no es justificación suficiente y recuerda que las sentencias de 11 de marzo 2010 y 7 de julio 2011 rechazaron el criterio de la "deslocalización" de los niños para no aplicar la guarda y custodia compartida, por ser los cambios de domicilio una consecuencia inherente a este tipo de guarda, que hay que decidir precisamente cuando los padres han acordado no vivir juntos.

trata de una circunstancia ordinaria y común a muchas familias, derivada de la disponibilidad de horarios por razones de trabajo que dificulta la conciliación de la vida laboral y la familiar. (SAP Coruña de 10 de octubre de 2013, Rec. 85/2013).

En un caso en el que el padre está en paro y él solicita la custodia compartida porque considera que tiene más tiempo que la madre que trabaja, el Tribunal considera que no se concede la custodia compartida porque la madre trabaja todos los días, dado que en la actualidad ésta solamente conserva el trabajo durante dos días y menos horas, en consecuencia tiene más tiempo libre para dedicarse al cuidado de su hijo; por contra el progenitor que se hallaba en paro, puede encontrar trabajo y por lo tanto, ya no tiene tanto tiempo para estar con su hijo como lo hacía en épocas de desempleo. (SAP Coruña 27 de mayo de 2014, Rec. 107/2014).

Sin embargo se concede la custodia compartida en casos en los que claramente se respeta el principio de igualdad y no se establece discriminación por el tipo de trabajo del padre como empresario de club de alterne porque se considera que no afecta a la menor de muy corta edad porque duerme durante el trabajo paterno y tampoco se le puede negar al padre la posibilidad de que cuente con el auxilio, nada menos, de los abuelos de la niña. (SAP Pontevedra de 17 de abril de 2015, Rec. 156/2015).

Así mismo no se considera obstáculo para la fijación de la custodia compartida los horarios del trabajo del padre (impedimento que plantea la madre), que trabaja en turnos semanales de mañana o de tarde, pues tiene apoyo familiar, que, en supuestos de necesidad, podía ayudarle en el cuidado de la niña. Ahora bien, se mantiene el régimen de semanas alternar porque es el más acorde a dicho horario, dando en este sentido razón a la madre. (SAP Orense de 5 de mayo de 2015, Rec. 70/2015).

Hay profesiones que aun siendo complicadas en cuanto a los horarios como la de marino, con contrato indefinido, se demuestra que la menor está acostumbrada a las ausencias paternas y que durante los desembarcos el padre colabora con la menor y ello no supone ningún inconveniente para la concesión de la custodia compartida. (SAP de 11 de julio de 2014). En este mismo sentido y en relación a la profesión de Arquitecto se destaca que pueden asumir la custodia compartida porque la madre en la actualidad no trabaja y el padre Arquitecto cuenta con más horas para dedicarle a su hijo dado que no puede pasar desapercibido la crisis que sufre el sector inmobiliario que ha determinado que dichos profesionales han visto reducido considerablemente sus labores profesionales, por lo que no tiene que permanecer tantas horas como en otros tiempos en el despacho, aparte de que el menor come en el colegio. (SAP Coruña de 23 julio de 2014, Rec. 226/2014).

Y en ocasiones se considera que es apropiada la custodia compartida porque referentes a la posibilidad de los progenitores de conciliar la vida familiar y laboral, existen datos suficientes en autos de los que se deduce que tanto uno como otro progenitor pueden dedicarse a las atenciones que sus hijos precisan en todos los aspectos, en los periodos de tiempo en que les corresponda a cada uno de ellos la guarda de los hijos menores. (SAP Coruña de 16 de junio de 2015, Rec. 25/2015).

Existen casos en los que aunque en principio el informe de Imelga no recomendaba custodia compartida por los horarios del padre, recordaba que de existir flexibilidad de horarios, hubieran recomendado este régimen. En este sentido los horarios del padre son flexibles, con cambios de turno y aplicación del plan Concilia, y se e detrae que el padre dispone de 271/356 días libres cada año. Por lo que no existe ningún impedimento para la fijación del sistema de custodia compartida. (SAP Coruña de 23 de octubre de 2015, Rec. 221/2015).

H. La existencia de la figura de un “cuidador principal” durante la convivencia

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

Se valora especialmente que la madre haya sido la cuidadora principal y la que ha ejercido la custodia desde el nacimiento de los menores y que el padre consintió la custodia exclusiva de la madre sin objeción alguna, haciendo visitas durante el día sin pernoctar con ellos, más que esporádicamente. Y se resalta la falta de interés del padre que no tiene ni medios ni trabajo estable (SAP Orense de 6 de noviembre de 2015, Rec. 306/2015).

I Aportación de un plan de parentalidad

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

J. Mantenimiento del *status quo*

Se ha tenido en cuenta en 8 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.

En este sentido se insiste que no se puede aceptar que lo más beneficioso para el hija sea precisamente el cambio en el régimen de custodia y no el seguir bajo la de la madre acordada de mutuo acuerdo por ambos cónyuges con la conformidad del Ministerio Fiscal y del Juez al aprobar en la sentencia

de divorcio el convenio regulador que le presentaron. Y se define el convenio como escrito formal, detallado, y previamente asesorado, presentado al Juzgado de Familia y ratificado personalmente por ambos cónyuges en todos sus extremos en la sede judicial, informado favorablemente por el Ministerio Fiscal y con sentencia de divorcio aprobatoria de las medidas convenidas, lo que ha venido cumpliéndose normalmente y de manera satisfactoria para la hija desde entonces, estabilidad que se pretende modificar por otro. Además ese mantenimiento de la situación se justifica porque resulta es dudoso que resulte concretamente más favorable que el actual que ha demostrado desde su bondad desde su implantación. Por todo ello y por el contenido detallado del convenio, así como la misma amplitud de lo referido al régimen de custodia y visitas, extraemos la conclusión de que no se trató de algo impulsivo sino bien meditado y sopesado por ambos cónyuges. (SAP Coruña de 29 de enero de 2015, Rec. 23/2015; SAP Coruña de 16 de octubre de 2014, Rec. 325/2014; SAP Coruña de 10 de octubre de 2014, Rec. 128/2014; SAP Coruña de 18 de marzo de 2015, Rec. 60/2014).

- 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.

En este sentido, el Tribunal llega a la conclusión de no resultar que sea precisamente beneficioso pasar ahora a una custodia compartida, sino continuar como está aunque no se pueda hablar de una relación mala ni poco adecuada de los progenitores respecto de la hija, y no hay razón para pensar que no vaya a haber colaboración entre ellos, se considera que no sólo se basa en eso para decidir acerca de la guarda y custodia, sino también en el hecho destacado de haber venido conviviendo la hija en casa de su madre, ocupándose ésta así más directa y personalmente, aunque en régimen colegial de internado, aparte aquellos fines de semana que estaba con su padre, y ser la propia hija la que al ser oída expresó su deseo de continuar con la madre como lo mejor para ella. (SAP Coruña de 8 de mayo de 2015, Rec. 500/2014).

También se alega al el principio de estabilidad de la guarda y las posturas procesales de las partes, más favorable la de la madre a una mayor relación de las menores con ambos progenitores, impone mantener, con las mínimas alteraciones precisas, el estado de hecho previo. (SAP Coruña de 16 de junio de 2014, Rec. 180/2014).

A veces es el propio informe psicosocial es claro y apoya ese manteniendo del status quo porque no se considera adecuada la guarda y custodia compartida, y que debería seguir ostentándola la madre, como lo viene haciendo en la actualidad, ya que está desempeñando su función de forma adecuada; máxime teniendo en cuenta que desde que se separaron los padres, cuando la menor

tenía un año y medio, Sandra no durmió nunca con su padre y que los padres pactaron un régimen de visitas de dos días a la semana. (SAP Coruña de 25 de marzo de 2015, Rec. 372/2014)

O bien apoyándose tanto en el informe psicosocial como en el deseo del menor, se insiste que el sistema de guarda y custodia compartida en relación a la hija Concepción fue el convenido por ambos progenitores tanto en el convenio regulador de la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo como en la vista de las medidas provisionales coetáneas del presente procedimiento de modificación de medidas, celebrado el día 28/2/2013, en que los progenitores contendientes también acordaron la atribución al padre de la guarda y custodia del otro hijo del matrimonio, Victorino, con establecimiento de un régimen de visitas a favor de la madre no guardadora;. (SAP Pontevedra de 6 de noviembre de 2014, Rec. 454/2014).

K. Existencia *de facto* de un régimen de custodia compartida

Se ha tenido en cuenta en 4 ocasiones.

En alguna ocasión se considera que se concede la custodia compartida, después de justificar que ambos tienen capacidad para ello, resaltando la cercanía o bastante semejanza entre el ejercicio de la custodia compartida con la de un régimen exclusivo pero con un amplio régimen de visitas. (SAP Coruña de 7 de diciembre de 2015, Rec. 218/2015; SAP Coruña de 13 de noviembre de 2015, Rec. 137/2015).

Incluso se considera que ya están viviendo prácticamente en un régimen de custodia compartida y que los menores tienen muy buenas relaciones con sus progenitores, lo cual revela el buen hacer de los mismos, pues sus tirantezas personales no les han afectado. (SAP Coruña de 11 de diciembre de 2014, Rec. 442/2014).

Excepcionalmente se considera que aunque es un régimen de visitas amplio por la profesión del padre, no es similar al régimen de custodia compartida que no se concede. (SAP Coruña de 8 de octubre de 2014, Rec. 252/2014)

L. Error en el *petitum*

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

M. Es un procedimiento de modificación de medidas definitivas ¿existe variación sustancial de las circunstancias?

Se ha tenido en cuenta en 4 ocasiones.

En ocasiones no se concede la custodia compartida porque se considera que no se ha dado un cambio de circunstancias que lo justifiquen y declaren la

conveniencia de modificar las medidas definitivas adoptadas en la previa resolución. Se deben tener en cuenta los criterios jurisprudenciales para apreciar una alteración de las circunstancias. (SAP Pontevedra de 27 de mayo de 2013, Rec. 232/2013).

Por falta de pruebas, se mantiene el régimen de custodia materna y no se sustituye por la custodia compartida (SAP Pontevedra de 17 de junio de 2013, Rec. 237/2013), siempre a resultar lo más conveniente y beneficioso para el menor.

En relación a la no alteración sustancial de las circunstancias, relacionados con el cambio a una localidad cercana para valorar la no concesión de custodia compartida, es curioso porque también se aplica en resolución dictada en pleito de Divorcio, que no de Modificación de Medidas donde los parámetros son los de alteración sustancial de las circunstancias, (SAP Pontevedra de 2 de diciembre de 2014, Rec. 479/2014).

En este mismo sentido, se rechaza la custodia compartida por no apreciar alteración sustancial de circunstancias en relación con el anterior procedimiento de modificación de medidas que es sólo de hace 5 meses. (SAP Lugo de 8 de enero de 2015, Rec. 383/2015⁸⁶).

N. Interés del solicitante que se infiere de su actuación procesal

Se resalta la falta de interés del solicitante en asumir la custodia del menor que solo la ha solicitado cuando la madre pretende obtener una pensión alimenticia y fijar de alguna forma el régimen de visitas; realmente no consta que se hubiera dedicado al cuidado y educación de los menores de forma activa y colaborando con la madre, de manera que desde que ambos se separaron apenas le ha abonado cantidad alguna para los menores, que son mantenidos por ella de forma exclusiva. En tales circunstancias el establecimiento de un régimen de custodia compartida es totalmente improcedente y en nada beneficiaría a los menores, por lo que el recurso de apelación formulado en tal sentido debe ser rechazado. (SAP Orense de 6 de noviembre de 2015, Rec. 306/2015).

⁸⁶ Sentencia confirmada por STS 162/2016, de 16 de marzo de 2016 (Rec. 590/2015) “El transcurso del tiempo entre el último procedimiento sobre modificación de medidas y el inicio del presente es mínimo, cinco meses, y además con idéntico fundamento que en el precedente, en el que, como hemos recogido, el recurrente no postuló la guarda y custodia compartida. A pesar de ello, tanto la sentencia de primera instancia como la recurrida, que remite a aquella, hace un esfuerzo de valoración de la prueba pericial, documental y de la vista del juicio, teniendo como guía el interés del menor, para alcanzar la conclusión ya decidida en el anterior y cercano procedimiento”.

3.9. CASTILLA Y LEÓN

3.9.1. ANÁLISIS CUANTITATIVO

Se han seleccionado 38 sentencias.

Del examen realizado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª. Reconocen la custodia compartida en la Audiencia Provincial: 20 (52,63%)

- En ambas instancias: 11
- Sólo en la primera instancia: 3
- Sólo en la Audiencia provincial: 6

2ª. No reconocen la custodia compartida: 18 (47,36%)

3ª. Han sido casadas por el Tribunal Supremo: 3

- El TS dice que sí procede la custodia compartida: 3
- El TS dice que no procedía la custodia compartida: 0

4ª. Han sido confirmadas por el Tribunal Supremo: 0

- El TS confirma que no procede la custodia compartida: 0
- El TS confirma que sí procedía la custodia compartida: 0

5ª ¿Quién solicita la custodia compartida? En todos los casos, ha sido el padre.

6ª. ¿En qué procedimientos han recaído?

- Divorcio/separación: 14
- Guarda y custodia: 13
- Modificación de medidas: 12. De las que 4 si se concede custodia compartida en 1ª instancia y en apelación (33,33), de las que 7 no se concede custodia compartida en ambas instancias (58,33) y de las que 1 no se concede custodia compartida en 1ª instancia y si en apelación (8,33).

6ª Como se verá a continuación, el factor más determinante es el informe psicosocial, seguido de la conflictividad en la pareja.

3.9.2. ANÁLISIS CUALITATIVO

A. La distancia entre domicilios

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

Sólo en una ocasión se admite la custodia compartida teniendo en cuenta el interés superior del menor junto a la consideración de que en menor medida, es procedente la custodia compartida porque ambos progenitores mantienen sus domicilios en Candedeleda (Ávila), no existiendo grandes distancias en esa población. (SAP Ávila de 9 de octubre de 2015, Rec. 135/2015).

B. La conflictividad en la pareja

Se ha tenido en cuenta en 9 ocasiones.

Se admite la custodia compartida recordando que antes de presentarse el conflicto entre los padres de la manera exacerbada que se muestra en sus posturas procesales, las relaciones de los menores con ambos, que son las que interesan, eran de normalidad con un alto grado de dedicación por parte de los padres en la atención de los niños, lógicamente condicionado y supeditado a las circunstancias laborales de cada uno, especialmente las de la madre que por la actividad profesional a la que se dedica debe viajar con frecuencia y estar fuera de su domicilio en fechas determinadas. (SAP Palencia, de 26 de junio de 2013, Rec. 62/2013).

Con independencia de que en efecto pudiera cuestionarse la aplicación estricta del apartado 7 del artículo 92 del Código Civil (puesto que los hechos imputados al demandado en la denuncia realizada por la demandante podrían constituir a lo sumo una falta de vejaciones injustas, difícilmente encuadrable en un ataque contra la integridad moral), es lo cierto que la existencia del referido procedimiento penal de juicio de faltas pone de manifiesto una situación de conflictividad entre los progenitores que no facilita el normal desarrollo de una situación de custodia compartida. (SAP Salamanca de 13 de enero de 2015, Rec. 1428/2014). En este mismo sentido se deniega la custodia compartida cuando concurre en el recurrente una condena por de un delito del maltrato en el ámbito de la violencia de género y con uso de instrumentos peligrosos, con otra como autor de un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y actualmente se encuentra imputado por la comisión de un delito de quebrantamiento de condena/medida cautelar. (SAP Burgos de 26 de mayo de 2015, Rec. 124/2015).

Se deniega la custodia compartida incluso cuando las denuncias penales cruzadas entre ellos, han sido archivadas, justificando que es evidente que no constituyen un caldo de cultivo idóneo para lo que viene a ser la cordialidad y respeto mutuo que son exigibles para que el sistema de custodia compartida pueda tener éxito. Sin que ello suponga negar la condición de buen padre al demandado, sino que simplemente, en atención a las circunstancias de relaciones internas entre los cónyuges, y a la luz del interés del menor, tal como ha sido expuesto, parece no conveniente, al menos de momento, la fijación del régimen de custodia compartida. (SAP Soria de 14 de octubre de 2013, Rec. 93/2013).

Es clara la no concesión de la custodia compartida en cuanto se observa lo que se califica de una conflictividad en ocasiones extrema entre ambos litigantes, el comportamiento mostrado por padre que ahorra cualquier esfuerzo conciliador

con su ex mujer, las múltiples denuncias por incumplimientos dimanantes del régimen de custodia y obligación del pago de la pensión de alimentos fijada en Sentencia y la ausencia de voluntad de los progenitores de educar de forma conjunta a sus dos hijos. (SAP León de 27 de junio de 2014, Rec. 206/2014).

No parece pertinente, adoptar una custodia compartida, que implica necesariamente una dedicación conjunta en las funciones tuitivas de los menores, que exige una renuncia de intereses personales de los propios padres para favor o beneficio de los hijos y necesariamente también un buen entendimiento entre ambos, habida cuenta, además de la falta de anuencia del Ministerio Fiscal (art. 92.8 del Código civil), la situación de conflictividad existente entre los progenitores en ese orden, lo que dificulta seriamente todo necesario entendimiento entre los mismos para la elaboración de un programa de estancia y ocupación para con los menores, con reparto temporal de las estancias. (SAP Valladolid de 20 de noviembre de 2014, Rec. 314/2014; SAP Valladolid de 3 diciembre de 2013, Rec. 268/2013).

En este mismo sentido se rechaza la custodia compartida cuando el informe psicosocial pone de manifiesto que no se da la situación de bajo índice de conflictividad entre las partes. El propio informe psicosocial dice que la convivencia no ha estado exenta de conflictos hasta el punto de haberse agredido mutuamente y habiendo sido ambos condenados. Además el conflicto se extienden a la familia de la madre, habiendo manifestado el padre que la familia extensa de aquella le ha amenazado y prohibido el acceso al domicilio donde reside el menor. (SAP Burgos de 11 de noviembre de 2015, Rec. 231/2015).

Incluso en una ocasión la conflictividad entre los padres llega a afectar al menor que llega a requerir tratamiento psicológico al llegar a tener temor a su padre. (SAP Burgos de 5 de febrero de 2015, Rec. 349/2014).

Pero puede denegarse la custodia compartida porque existen claros indicios de violencia doméstica entre ambos progenitores donde no hay una mera conflictividad en las relaciones ad intra y ad extra de ambos recurrentes. Se ha producido entre ellos una conflictividad que ha degenerado en crónica y contenciosa, a través de unas agresiones recíprocas en presencia de sus hijos que motivaron la sentencia procedente del Juzgado de lo Penal), habiendo sido condenados ambos por ello de conformidad por malos tratos de violencia de género (art. 153,1, 6 CP) y de maltrato de violencia familiar (art. 153, 2 y 6 CP). (SAP Segovia de 26 de junio de 2013, Rec. 62/2013).

C. Informe psicosocial

Se ha tenido en cuenta en 23 ocasiones.

Destacamos distintas situaciones bien la Sala concede la custodia compartida de acuerdo a los informes psicosociales, o bien dichos informes parecen contradictorios, o bien la Sala toma decisiones diferentes a los mismos o no concede dicha custodia siguiendo las indicaciones de los informes.

La Sala fundamenta muchas de sus soluciones relacionadas con la fijación de la custodia compartida en los informes psicosociales porque ayudan a conocer que:

- ambos padres presentan situaciones adecuadas a nivel de funcionamiento individual (económico- laboral, apoyo, autonomía, etc...); y también reflejan que no existen dificultades en relación a la menor, está se adaptó bien a la situación familiar después de la ruptura y siendo esta un situación satisfactoria para la hija. Además el informe puede resaltar que no aparecen aspectos negativos que desaconsejen una custodia compartida en cuanto las actitudes en los padres, comunicación y colaboración hasta el momento y no se han producido conflictos relevantes. E incluso que el padre muestra interés en implicarse en la atención a la hija y posibilidad de apoyo, que el padre dispone de una vivienda acondicionada y apta para la convivencia con su hija situada a escasa distancia de su colegio y del domicilio que fuera conyugal. (SAP León de 19 de mayo de 2014, Rec. 120/2014). En este mismo sentido se concede la custodia compartida teniendo en cuenta que en las actuaciones consta documentación suficiente sobre la idoneidad y de las aptitudes de ambos para hacerse cargo de la custodia de los hijos. Los niños según ese último informe presentan una buena percepción de ambos progenitores y no tienen preferencias para convivir con uno y otro progenitor. Así también resulta del informe clínico obrante de la pieza de medidas provisionales respecto de la niña. (SAP Segovia de 26 de junio de 2013, Rec. 62/2013).

- que por la edad del menor de 17 años, lo más adecuado es que mantenga una relación estable y normalizada con ambos progenitores. (SAP Palencia de 20 de octubre de 2015, Rec. 212/2015). En este mismo sentido hay informe que manifiestan que teniendo en cuenta el desarrollo evolutivo y estabilidad actual del menor, se considera que lo más conveniente para el niño sería que se mantuviera la interacción actual que desarrolla con ambos progenitores. (SAP Salamanca de 22 de abril de 2015, Rec. 17/2015).

- que no es necesario retrasar el inicio de dicha custodia. (SAP de 7 de julio de 2015).

- que se desprende la existencia de una situación de apego entre padre e hija que se va afianzando día a día, y que desemboca en un claro interés por su parte de participar en la vida y educación de la niña; asimismo, la madre se mostró propicia a la que ambos progenitores pudieran disfrutar todo lo posible de la niña, implicándose en su educación y rutinas, y también reconoció el entorno paterno como seguro para la niña. (SAP Zamora de 11 de mayo de 2015, Rec. 80/2015).

- que dejan claro los efectos beneficios que tendría la custodia compartida para el menor. Ambos hijos a tenor del referido informe psicosocial muestran buena vinculación con los padres, no hay alteraciones en el hijo menor y en cuanto al hijo mayor, si bien ha sido diagnosticado de TDAH, no se puede vincular dicho diagnostico con el régimen de custodia que se ha venido siguiendo desde la separación de hecho de sus progenitores, pues el menor ya presentaba problemas de aprendizaje antes de la separación, y durante el tiempo que han estado con la custodia compartida asiste con regularidad al colegio, lleva las

tareas hechas, al tiempo que se encuentra más centrado desde que sigue tratamiento farmacológico, estando igualmente capacitados ambos progenitores para seguir las pautas educativas que se les puedan indicar en aras de facilitar una mejor y más favorable evolución de su comportamiento, mostrando el menor una actitud positiva hacia ambos progenitores y sus entornos, satisfecho con el cuidado y la atención que recibe de ellos, como de las actividades que comparten, circunstancias de las que no se puede inferir que el régimen de guarda y custodia compartida sea perjudicial para el hijo de mayor edad. (SAP León de 24 de julio de 2015, Rec. 216/2015).

- que la falta de comunicación parental, no impide la guarda y custodia compartida de la menor, sistema bajo el cual puede desarrollarse de manera afectiva y emocionalmente estable, garantizando al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de su hija, lo que también parece más beneficioso para ella. (SAP León de 24 de marzo de 2014, Rec. 69/2014).

En algún caso en procesos de modificación de medidas se mantiene la custodia compartida reconociendo que ya en el divorcio se acordó un régimen de visitas tan amplio de hecho que parecía el de custodia compartida y se tiene en cuenta en este sentido el informe psicosocial que aunque en un principio reconoce que teniendo en cuenta el desarrollo evolutivo y estabilidad actual del menor, se considera que lo más conveniente para el niño sería que se mantuviera la interacción actual que desarrolla con ambos progenitores, sin embargo, también en el referido informe se constata que el cuidado del menor desempeñado hasta la actualidad, - con modificación de hecho por acuerdo de ambos progenitores del régimen de custodia, comunicaciones y visitas establecido en la previa sentencia de divorcio -, es propio de una medida de guarda y custodia compartida. (SAP Valladolid de 13 de abril de 2015, Rec. 34/2015).

Hay informes que pueden parecer en cierto sentido contradictorios porque en un caso establece que una vez analizado el grupo familiar se considera que el cuidado de la menor que han desempeñado hasta la actualidad se valora como propio de una Medida de Guarda y Custodia compartida, que en este caso distribuyeron atendiendo a la disponibilidad horaria que en su momento presentaba la progenitora. Pero se valora que a lo largo del desarrollo evolutivo de su hija han ejercido de forma conjunta su cuidado y crianza, con el fin de proporcionar a la menor estabilidad y adaptación en los ámbitos fundamentales de su vida, por lo que se considera conveniente mantener el desempeño desarrollado por ambos hasta la actualidad, propiciando un contacto fluido y flexible atendiendo a los intereses de la menor. Y también lo es que en el referido informe se recoge igualmente como resultado de la evaluación de la menor, que en ese momento ya contaba con casi catorce años de edad, que la misma desea "seguir como ésta". Terminando la Sala acordando la no concesión de la custodia compartida. (SAP Salamanca de 8 de mayo de 2015, 173/2015).

Pero no siempre la Sala resuelve de acuerdo al informe favorable a la custodia compartida ya que concluye con la decisión de mantener el *status quo* en

relación a la custodia materna aun cuando el informe refleja una evolución positiva del padre y un cumplimiento regular del régimen de visitas y en cuanto a la valoración psicológica del mismo se habla de que su apariencia física es correcta y que se muestra abierto y relativamente colaborador, sin ninguna valoración negativa de su situación psicológica. E incluso considera, lo que la Sala califica de perifrástico, que dada la buena vinculación con ambos padres se considera que una guarda y custodia compartida no supondría una alteración importante en rutinas y aspectos sociales familiares que rodean la vida del menor. (SAP Burgos de 13 de noviembre de 2014, Rec. 242/2014).

Así mismo, aun cuando el informe observa cómo el padre puede ocuparse del menor, llevándole al colegio, recogiéndole a la salida, no se concede dicha custodia compartida por la corta edad del menor. Y la Sala considera que el paralelismo que el equipo psicosocial hace de esta situación de convivencia de ambos progenitores con el menor con la guarda y custodia compartida no se dará desde el momento en el que uno de los padres debe abandonar la vivienda, no siendo razonable ni juicioso que ambos continúen viviendo bajo el mismo techo en una situación de crisis familia. (SAP Burgos de 27 de octubre de 2014, Rec. 304/2013).

En otras ocasiones observamos que claramente la Sala tiene en cuenta el informe favorable a la custodia materna (SAP Salamanca de 24 de febrero de 2015, Rec. 34/2015) aunque la práctica de los padres sea adecuada, además cuando destaca también problemas de conciliación por los horarios laborales del padre. En el informe del equipo psicosocial se pone de manifiesto, como resultados de la exploración, una inicial coincidencia de los padres en que la custodia la tuviera la madre. En el momento de plantearse la separación, ambos consideraron adecuado que fuera la madre la que continuara cuidando de los menores.). Y también se dice que el cambio en tal idea por parte del padre se debe a " conflictos posteriores, ajenos a los menores, los que dieron lugar al desacuerdo". Incluso se llega a decir: "El padre afirma haber estado de acuerdo con la custodia materna bajo unas condiciones pactadas anteriormente, cuando ella se planteó la posibilidad de vivir en Benavente y él poder disponer del domicilio de León [...] Sin embargo, ante la idea de la madre de vivir en León, en vez de en Benavente, el padre ha decidido solicitar la custodia ". (SAP León de 25 de julio de 2014, Rec. 199/2014).

En ocasiones el rechazo de la custodia compartida tiene en cuenta junto al deseo y edad del menor, el informe psicosocial, éste afirma que el menor no presenta desajuste emocional o conductual, sino que se muestra adaptado a su entorno inmediato, familiar, escolar y social; que mantiene vinculación y estrecho contacto con sus abuelos maternos, expresión ésta que no se hace extensiva a la madre; que muestra una percepción polarizada hacia la figura paterna, manteniendo relación menos cercana con su madre; que en el momento presente no se evidencian indicios de que las actuales medidas de guarda y custodia y régimen de visitas le esté afectando negativamente, por lo que no se considera la necesidad de un cambio de cuidador cotidiano. (SAP Palencia de 12 de junio de 2013, Rec. 123/2013).

El informe del equipo psicosocial pueden poner de manifiesto además:

- la falta de comunicación existente y necesaria entre los progenitores, partiendo de un presupuesto necesario para el desarrollo de la custodia compartida: la colaboración, comunicación y cooperación entre los progenitores, algo que en nuestro caso simplemente no existe. Tan es así que en sus conclusiones se aconseja que, para el caso de fijarse un régimen de custodia compartida, no se establezca un periodo alterno semanal o quincenal sino mensual que exige un menor grado de cooperación y colaboración entre los padres. (SAP León de 27 de junio de 2014, Rec. 206/2014). En este mismo sentido, se deniega la custodia compartida siguiendo el informe del Equipo Psicosocial, que, tras entrevistarse con ambos progenitores y con la mayor de los hijos, refirió la existencia de una relación parental conflictiva, un nivel de comunicación muy precario, una absoluta falta de motivación por mejorar la cooperación interparental, concluyendo que no se consideraba conveniente el régimen de custodia compartida. (SAP León de 26 de enero de 2015, Rec. 330/2014). Así mismo, a la falta de comunicación destacada por el informe del equipo psicosocial, se le puede sumar para denegar la custodia compartida que la relación entre ellos no es fluida, haciéndose mención a las manifestaciones de la madre sobre las causas que llevaron a la ruptura conyugal, por entenderse criticada en todo y anulada; y que la ausencia de buena relación no es favorable para la niña y prueba de esa mala relación es que continúan de hecho las denuncias y los desacuerdos. (SAP Palencia de 20 de octubre de 2015, Rec. 212/2015⁸⁷). En este mismo sentido aunque se acepta que ambos progenitores poseen capacidad para educación de su hijo y, de hecho, mantiene la ampliación del sistema de visitas que ya proponía el informe psicosocial, se atiende para denegar la custodia compartida al hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía. (SAP Ávila de 18 de diciembre de 2014, Rec. 231/2014⁸⁸).

⁸⁷ Sentencia casada por STS 433/2016, de 27 de junio de 2016 (Rec. 3698/2015) donde se reconoce que la estabilidad que tiene el menor en situación de custodia exclusiva de la madre, con un amplio régimen de visitas del padre, no es justificación para no acordar el régimen de custodia compartida.» Y además señala que la existencia de desencuentros propios de la crisis matrimonial no justifican per se que se desautorice este tipo de régimen de guarda y custodia. Sería preciso que existiese prueba de que los desencuentros afectan de modo relevante a la menor, causándole un perjuicio. Sin embargo en la sentencia recurrida no se motiva tal perjuicio. Si se atiende al informe psicosocial se aprecia que la menor afirma estar bien con su padre, que le ofrece un cuidado adecuado. Asimismo afirma estar bien con su madre. Cuando mejor expresa la necesidad que tiene de ambos es cuando expresa su deseo de «que ambos progenitores vivan juntos». Como ello no es posible el régimen que más se asimila es el de guarda y custodia compartida. El informe no detecta en ningún progenitor incapacidad para el ejercicio de las funciones inherentes a la guarda y custodia, sin que ofrezca respuesta motivada sobre qué perjuicio habría para el menor si fuese compartida.

⁸⁸ Sentencia casada por STS 51/2016, de 11 de febrero de 2016 (Rec. 326/2015) considera que la sentencia de la Audiencia 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. Y además destaca q que el hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia. Partiendo de ello, no apreciamos en autos factores que permitan entender que los progenitores no podrán articular medidas adecuadas en favor de sus hijos, sobre los que ya han sabido tomar acuerdos de consuno.

A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 del C. Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida:

- cómo la conflictividad puede estar afectando al menor, resaltando los peritos judiciales que la menor acude a tratamiento psicológico en el "Programa de Apoyo Psicológico a mujeres víctimas de maltrato y/o abandono familiar" desde Enero de 2014. En informe psicológico queda reflejado que la menor muestra un temor concreto a tener que pasar largas temporadas con él (su padre), ya que la intención de aquel es lograr la custodia compartida por intervalos de tres meses. Muestra, un temor difuso a que le pase algo a su madre y un deseo vehemente de que sus padres estén juntos o al menos se lleven bien. También acude a la USMIJ por Trastorno Adaptativo Mixto en relación a conflicto familiar, describiendo en consulta sintomatología ansiosa al regreso de Marruecos con referencia a no entender "las cosas malas que papá dice de mamá" y deseo de que sus progenitores mantengan buena relación". (SAP de 5 de febrero de 2015). O bien el informe manifiesta que añadido a la conflictividad existente con varias condenas, no se ha llevado a cabo ningún intercambio paterno-filial en el Punto de Encuentro Familiar, lo que refleja un completo desinterés del recurrente por sus hijos que es incompatible con el régimen de guarda compartida. (SAP Burgos de 26 de mayo de 2015, Rec. 349/2014).

Hay casos en que aunque no se conceda la custodia compartida por la corta edad del menor, se recuerda que la diferencia entre los estilos de vida de uno y otro progenitor también pueden perjudicar la estabilidad del menor si éste cada semana debe acomodarse al régimen de vida diferente de cada uno de los padres. Esta situación se da en un caso en que la madre es de etnia gitana, habituada a una relación muy intensa con su propia familia, que se intensifica en los períodos de verano, en que toda la familia acostumbra a viajar en caravana también como forma de ganarse la vida. Sin embargo el Tribunal no prejuzga la bondad de uno u otro estilo de vida y tiene en cuenta en el informe psicosocial en donde no se dice nada sobre que este estilo de vida pueda ser perjudicial para el menor. (SAP Burgos de 11 de noviembre de 2015, Rec. 231/2015).

En ocasiones la falta de la práctica del informe aconsejando la custodia compartida, junto con otros criterios como conflictividad o conciliación, determinan el rechazo de la custodia compartida. (SAP Salamanca de 13 de enero de 2015, Rec. 1428/2014).

D. Opinión del menor

Se ha tenido en cuenta en 3 ocasiones.

A veces el deseo de los menores es claramente contrario a la custodia compartida. En cierto caso cuando la menor ya contaba con casi catorce años de edad -, manifestó que desea "seguir como ésta", manifestación que ya

-
- a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
 - b) Se evita el sentimiento de pérdida.
 - c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
 - d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

realizó con ocasión de una previa exploración tanto por parte del equipo psicosocial como a presencia judicial, reiterando en el primero su deseo de permanecer de forma similar a la actual y en el segundo que no le gustaba la idea de estar una semana con cada uno y que prefería durmiendo en casa de su madre. (SAP Salamanca de 8 de mayo de 2015, Rec. 173/2015).

En este mismo sentido el menor manifestó su deseo de estar con el padre y por ello el Tribunal estima que no evidencia indicios de cambios de guarda. El examen de actuaciones permite afirmar que desde la ruptura conyugal de los padres, el menor ha permanecido con su padre, y que está conforme con la situación actual, aunque en modo alguno rechace el contacto con su madre pues de tal forma se manifestó en comparecencia ante el Magistrado de instancia ; que por más que no pueda calificarse de mala la relación entre madre e hijo, si se puede afirmar que no es especialmente estrecha y al respecto es significativo el detalle expuesto en la audiencia antes referida por menor , que afirma que la última vez que vio a su madre antes del aludido día 23 había sido el día de Nochevieja, y que el día de Reyes no la vio, aunque fuese porque él ya se había ido de casa de sus abuelos. (SAP Palencia de 12 de junio de 2013, Rec. 123/2013).

En otras ocasiones ante la concurrencia de conflictividad entre los progenitores la Sala rechaza la custodia compartida y tiene en cuenta la decisión del menor en relación a la custodia materna, e incluso con el inicial consentimiento del padre cuando se consideró que era lo más beneficioso para el menor. (SAP Valladolid de 3 de diciembre de 2013, Rec. 268/2013).

E. Edad del menor

Se ha tenido en cuenta en 6 ocasiones.

En alguna ocasión se concede la custodia compartida considerando que parece que es más adecuado que el menor con una edad de los 17 años mantenga una relación estable y normalizada con ambos progenitores y el hecho de que figura materna haya estado más implicada, no supone excluir una custodia compartida y menos en una joven próxima a cumplir los 18 años; pues el padre cuenta con actitud y aptitud bastante para implicarse en las funciones de custodia por el poco tiempo que queda hasta la mayoría de edad de la menor. (SAP Palencia de 20 de octubre de 2015, Rec. 212/2015).

A la hora de conceder la custodia compartida y en concreto determinar el periodo de la misma, se observa que para niños de corta edad se recomiendan periodos mensuales y más cortos porque necesitan de una estabilidad emocional, y no se considera que ésta se pueda alcanzar con un cambio de domicilio y de familia cada semana, ni siquiera cada quince días. Se estima adecuado que como mínimo los periodos de convivencia sean mensuales, lo que permitirá que mientras sean pequeños tengan una situación más estable, y que cuando vayan creciendo les permita desarrollar una vida más o menos normalizada en cada uno de los entornos familiares en que vivan. (SAP Segovia de 26 de mayo de 2014, Rec. 118/2015; SAP Burgos de 11 de noviembre de 2015, Rec. 231/2015).

Sin embargo en otras ocasiones no se concede la custodia compartida a niños de corta edad y se recomienda dicho sistema de custodia cuando el niño pueda expresar su deseo. Y se recuerda que uno de los supuestos en los que se recomienda la guarda y custodia compartida es cuando el menor tiene una edad suficiente. Por el contrario en niños de corta edad la presencia constante al lado del menor de uno de los progenitores, que suele ser la madre, es considerada altamente beneficiosa para que el menor adquiera y desarrolle sus capacidades afectivas, que en el fondo se resumen en dar y recibir afecto. En estos casos de niños de corta edad el cambio de la persona a la que el niño identifica como aquella que se ocupa normalmente de él, y a la que está acostumbrado a dirigirse para pedir lo que necesita, puede no ser tan beneficiosa como parece sugerir el equipo psicosocial. (SAP Burgos de 27 de octubre de 2014, Rec. 304/2013).

El deseo del menor se tiene en cuenta para no dar la custodia compartida junto al criterio de la edad del menor, su buena adaptación a la actual situación familiar, y la negativa a relacionarse de forma más amplia con su progenitora sin que existan interferencias parentales, se considera que el contemplar un sistema de comunicación materno- filial estricto es de difícil cumplimiento, e incluso podría no favorecer a la relación. (SAP Palencia de 12 de junio de 2013, Rec. 123/2013).

A demás en una ocasión se tiene en cuenta que los menores, según consta en el informe del equipo psicosocial, tenían 9 y 7 años, respectivamente, cuando se produjo su exploración por las integrantes del equipo (en la actualidad tendrán en torno a 10 y 8 años, respectivamente). En dos o tres años tendrán una edad lo suficientemente razonable para emitir juicios de intención lo suficientemente consistentes y en ese plazo de tiempo, con un régimen de comunicación tan sumamente amplio como el establecido en la sentencia recurrida, se podrá comprobar con mayor rigor si los problemas de adaptación para la coordinación de la custodia compartida se han superado. (SAP León de 27 de junio de 2014, Rec. 206/2014).

F. El informe del Ministerio Fiscal

Se ha tenido en cuenta en 6 ocasiones.

En cierta ocasión el Tribunal está de acuerdo en fijar la custodia compartida teniendo en cuenta el informe del Ministerio Fiscal, las pruebas practicadas, los informes periciales y las circunstancias concretas referentes al menor y a los progenitores, que no aprecian razones de especial importancia que en interés y beneficio del menor aconsejen retrasar el inicio de la custodia compartida hasta una fecha tan tardía como la solicitada, sino que, por el contrario en atención a las peculiares circunstancias que concurren en el presente caso, tanto de los progenitores en orden a su situación laboral y familiar como del mismo menor, no puede concluirse como inadecuado el momento de iniciación establecido en la sentencia impugnada. (SAP Burgos de 7 de julio de 2015, Rec. 224/2015).

Se comparte con el Ministerio Fiscal el mantenimiento del status quo en relación a la custodia materna. (SAP León de 30 de diciembre de 2014, Rec. 306/2014) o con la falta de anuencia a la concesión de la custodia compartida cuando existe una conflictividad entre los progenitores. (SAP Valladolid 20 de noviembre de 2014, Rec. 314/2014; SAP Valladolid de 3 de diciembre de 2013, Rec. 268/2013).

Pero el Tribunal a veces no está de acuerdo con el Ministerio Fiscal y destaca que si bien en su momento solicitó la atribución de la custodia al padre, después no ha recurrido ni impugnado la resolución judicial, aunque tras la STC 185/2012, de 17 de octubre no se precisa su informe favorable por haber sido declarado inconstitucional y nulo el inciso "favorable" del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 del Código civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de tal forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen. (SAP Segovia de 26 de junio de 2013, Rec. 62/2013).

En este mismo sentido el informe del Ministerio Fiscal considera que no concurren en principio las circunstancias idóneas para la custodia compartida y sin embargo el Tribunal la concede porque considera que en este momento, sí se han venido llevando a cabo las visitas y el régimen de compañía que a favor del padre se recogían en la Sentencia recurrida, esa falta de relación no puede ya mantenerse, y no se ha alegado la existencia de problema alguno durante este tiempo, ni esta Sala tiene conocimiento de que el mismo se haya producido. (SAP Zamora de 7 de octubre de 2013, Rec. 172/2013).

G. Posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral

Se ha tenido en cuenta en 8 ocasiones.

Cada vez más se reconoce custodia compartida aunque existan horarios amplios de la jornada laboral o aunque uno de los padres no tenga empleo y el otro sí, tratando de no penalizar al que tiene empleo. En este sentido es cierto que el apelante trabaja a turnos, en jornada de mañana o tarde, con el horario de 7.30 a 15.00 horas o de 15.45 a 22 horas, y que entrena algunas tardes de la semana un equipo de fútbol infantil, mientras que la madre se encuentra en situación de desempleo desde hace dos años, pero no se puede afirmar con carácter genérico, que el horario laboral de uno de los progenitores, resulta incompatible con una custodia compartida, pues ello implicaría penalizar a quien contando con un puesto de trabajo, y con un cierto esfuerzo. (SAP León de 19 de mayo de 2014, Rec. 120/2014).

Incluso una modificación de los horarios del padre no son inconvenientes para otorgar la custodia compartida. Así aun admitiendo que los horarios de trabajo del demandado puedan haber sufrido alguna variación, no suponen una modificación importante que le impida tener consigo a la menor hasta la entrega a la madre a las 16:30 horas o a las 21 horas, cuando sale de trabajar según el correspondiente turno semanal, pues no puede desconocerse que aquél cuenta con el decidido apoyo de los abuelos paternos de la menor para

cuidarla como ha venido ocurriendo hasta ahora sin oposición ni protesta alguna de la demandante; y e) que, como se pone de manifiesto en el informe del equipo psicosocial, este régimen se ha revelado como beneficioso para la menor, que es el criterio principal que ha de tomarse en consideración para la adopción de las medidas en relación con los hijos y que, según el artículo 92. 8, del Código Civil, justifica el establecimiento de la custodia compartida. A todo lo que ha de añadirse que, si la madre por su horario de trabajo sale una semana a las 16:30 horas y otra a las 21:00 horas, y si no consta que tenga apoyo familiar alguno en esta ciudad, se desconoce, en el supuesto de accederse a su pretensión, quien recogería a la menor a la salida de la guardería o del colegio y la tendría hasta que la madre pudiera hacerse cargo de ella. (SAP Salamanca de 22 de octubre de 2013, Rec. 309/2013).

Así mismo, se concede la custodia compartida cuando además de ponerse de manifiesto que la capacidad de ambos progenitores para el cuidado y atención de la hija menor es similar, sus situaciones laborales, económicas, materiales y familiares son también similares, de forma que como es muy normal en las familias actuales los hijos quedan al cuidado de terceras personas durante el tiempo en el que los progenitores desarrollan su actividad profesional, el establecimiento del régimen de custodia recogido en la sentencia no aparece como contrario al interés de la menor por lo que debe mantenerse. (SAP Zamora de 7 de octubre de 2013, Rec. 172/2013).

Se observa que determinados trabajos como los militares generan más problemas de conciliación de la vida familiar y laboral aunque el padre pretenda solicitar en un futuro la reducción de jornada se considera por la Sala que esta es una previsión de futuro aún no materializada por lo que no se concede dicha custodia compartida ya que la función militar dificulta la atención a los menores. Es incuestionable el interés del padre por sus hijos, y también su dedicación a sus hijos, pero sus posibilidades de atender a los hijos no son concordes con un régimen de custodia compartida, como se indica en la sentencia recurrida: "su horario laboral comienza a las 7.30 horas de la mañana y por tanto antes de la hora de entrada de su hijo mayor al colegio". Y el informe psicosocial es todavía más preciso: " En la actualidad, sin embargo, las exigencias laborales (permanencias, turnos, localizaciones, emergencias...) resultan incompatibles con las necesidades y rutinas de los menores". La reducción de la jornada a la que se alude por el padre de los menores es una opción que no sabemos si se materializaría, pero incluso con reducción de jornada las permanencias, turnos, localizaciones y emergencias siguen siendo posibilidades reales que no se corresponden con las necesidades de los menores sin una clara explicación por parte del demandado de cómo atender a estas contingencias. (SAP León de 25 de julio de 2014, Rec. 199/2014).

Es obvio que si a los problemas de conciliación motivados por el horario laboral del demandado y una situación de mayor disponibilidad de la demandante, que al tener jornada laboral reducida, puede tener una mayor dedicación al cuidado de las hijas), le sumamos problemas de conflictividad y la falta del práctica del informe de carácter psicológico que pudiera haber concluido como más aconsejable o conveniente para el integral desarrollo de las menores una situación de custodia compartida, se determine el rechazo de

la custodia compartida. (SAP Salamanca de 13 de enero de 2015, Rec. 1428/2014). En este mismo sentido, el horario laboral del padre y atendido el hecho de que la madre trabaja en el mismo colegio al que asisten los menores le permite a la demandante tener una mayor disponibilidad en todos los órdenes respecto de los hijos (SAP León de 30 diciembre de 2014, Rec. 306/2014⁸⁹).

Si el menor es de corta edad se considera que lo normal sería estar con la madre y además la diferencia entre el régimen de vida de la madre y del padre también confirman esta tesis. Así mientras que la madre carece de actividad laboral, en parte por decisión propia para poder estar con su hijo, el padre trabaja habitualmente con horarios de mañana y tarde. Esta diferencia de horarios habrá de ser apreciada por el menor si se recurre a la guarda y custodia compartida, el cual se dará cuenta de las constantes ausencias de su padre frente a la permanente presencia de su madre. Su falta de autonomía le hace especialmente vulnerable a esta situación, sobre todo para la satisfacción de necesidades y resolución de problemas que un niño exige de forma inmediata. (SAP Burgos de 27 de octubre de 2014, Rec. 304/2013).

Si la no concesión de la custodia compartida está motivada por la existencia de denuncias penales cruzadas entre los progenitores aunque sean archivadas, se justifica además la concesión de la custodia materna alegando que al hecho que la madre haya venido ejercitando, con normalidad, y con resultados beneficiosos para el menor, la guarda y custodia exclusiva durante más de un año, se le suma que en relación a las obligaciones laborales, la madre tienen unas posibilidades grandes de poder pasar grandes periodos de tiempo con su hijo, y al mismo tiempo, que cuenta con el apoyo de sus padres para custodiarle y atenderle, en los casos en que ella no pueda hacerlo. (SAP Soria de 14 de octubre de 2013, Rec. 93/2013).

H. La existencia de la figura de un “cuidador principal” durante la convivencia

Se ha tenido en cuenta en 3 ocasiones.

Pero si estamos ante una pareja que se comunica y que se califica de educada se concede la custodia compartida atendiendo a sus actuaciones o prácticas con los hijos. En sentido se considera que una vez analizada la idoneidad, la disponibilidad de los padres y su compromiso, hay que tener en cuenta la relación entre la pareja y para optar por una custodia compartida tiene que existir una comunicación entre ellos, puesto que las decisiones sobre los menores van a requerir su actuación conjunta y las consultas sobre lo que hacen en uno y otro domicilio serán frecuentes. Ambas partes han admitido que mantenían una buena relación sobre todo en lo referente a los menores, con una coordinación en sus cuidados y alimentación, que además de demostrar el interés común en su bienestar, pone de relieve la posibilidad de que esa coordinación pueda seguir en el futuro. La Sala considera son una pareja

⁸⁹ Sentencia que es casada por STS 138/2016, de 9 de marzo de 2016 (Rec. 791/2015) atendiendo entre otros motivos a que se ha reconocido la flexibilización de horarios del padre.

educada, que ha sabido dirigir correctamente su ruptura matrimonial, y que por tanto está plenamente capacitada para desarrollar una custodia compartida. Además ambos progenitores viven en Segovia, los dos lo hacen (o más bien lo hacen sus padres) en las proximidades de la guardería donde van los pequeños, que cabe suponer sea la opción de futuro en cuanto al colegio al que vayan a educarse, existe un apoyo de la familia extensa en los dos casos de forma que esta custodia compartida les permite mantener un contacto con ambas, y esa proximidad hace que el cambio periódico de residencia no suponga para los niños una modificación traumática de sus hábitos de vida en cuanto a su relación social que si puede ser escasa en este momento con el tiempo se incrementará. (SAP Segovia de 26 de mayo de 2014, Rec. 118/2015).

Atendiendo al comportamiento de la madre y a la pasividad del padre, se acuerda en alguna ocasión la no concesión de la custodia compartida. El interés de los padres por tener consigo a su hijo en régimen de custodia compartida debe de resultar de los actos de sus padres, y no de sus intenciones, y la participación en el cuidado de los hijos ha de ser demostrada (no es difícil ofrecer pruebas al respecto), y si la madre del menor sí lo ha hecho (con total seguridad desde que se firmó el convenio regulador) el recurrente no ha acreditado nada al respecto y, además, se ha aportado datos que revelan lo contrario (firma del convenio regulador, pasividad o, al menos, demora en la reclamación de la custodia y falta de participación en la actividad escolar de su hijo). Sin perjuicio de reconocer que no es óbice alguno a la custodia que la madre deje al menor en el comedor escolar o que, en alguna ocasión, busque apoyo familiar más amplio si no puede tener a su hijo consigo en algún momento dado; tarea a la que - por cierto- puede ayudar el padre del menor si le es posible para así facilitar su cuidado. (SAP León de 14 de diciembre de 2013, Rec. 317/2013).

Pero a veces aunque la práctica sea adecuada, si el informe psicosocial considera que es más apropiado para el interés del menor la custodia materna la Sala hace primar esta frente a la compartida. “En el presente caso, la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los menores no era sino la directa atención y dependencia de aquellos respecto de su madre que es quien, de manera efectiva y continuada los cuidaba. A pesar de que el impugnante haga hincapié en lo contrario, lo cierto es que los menores han sido debidamente atendidos desde que nacieron (y nadie lo cuestiona) y el padre, por grandes que fueran sus esfuerzos por colaborar en la tarea, por razón de su cometido profesional no podía desarrollarla de modo continuado, con lo que tuvo que ser la madre quien cuidara de los menores. No es óbice para ello que figure en registros administrativos como empleada de una empresa localizada en otra ciudad (Benavente), o con qué categoría profesional figure registrada, ya que al tratarse de una empresa familiar la exigencia de asistencia al puesto de trabajo y la concreta dedicación al negocio familiar es mucho menos rigurosa. Insistimos en que -de hecho- los menores han tenido que ser atendidos por la madre porque el régimen de horarios del padre no hubiera sido compatible con su cuidado diario y continuado. Consta además que la madre mantuvo la lactancia de sus hijos en torno a año y medio para cada uno de ellos (actualmente tienen 5 y 3 años respectivamente). Esta

atención continuada por la madre también resulta del informe del equipo psicosocial que entrevistó a ambos padres y a los menores, por lo que sus conclusiones al respecto son suficientemente fundadas. (SAP León de 25 de julio de 2014, Rec. 199/2014).

I. Aportación de plan de parentalidad

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

J. Mantenimiento del *status quo*

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 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. 306/2014⁹⁰).

Es interesante como en algunas ocasiones y no de acuerdo al informe del equipo psicosocial 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

⁹⁰ Sentencia casada por STS 138/2016, de 9 de marzo de 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.

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).

K. Existencia de facto de un régimen de custodia compartida

Se ha tenido en cuenta en 6 ocasiones.

En ocasiones resulta extraordinariamente difícil tomar una decisión cuando existen poderosas razones tanto para otorgar la custodia compartida como para mantener el actual status. Sin embargo, la Sala, tras el análisis de todas las circunstancias y elementos, concluyendo que resulta más razonable mantener la situación actual al plantear menos riesgos en atención a las circunstancias, indudablemente la custodia compartida plantea ventajas pero también riesgos, que hay que tratar de eludir cuando se trata de garantizar que la vida de la menor sea lo más estable posible. Se reconoce que la situación actual de la menor en la relación con los progenitores puede considerarse cercana a una custodia compartida al menos "de facto" (SAP de 30 de octubre de 2015⁹¹); y puesto que el resultado es positivo, no se aprecian razones para afrontar las incertidumbres del cambio. Y recuerda que ha de tenerse en cuenta que la esencia de la custodia compartida es que uno de los progenitores no desaparezca de la vida cotidiana de sus hijos, quedando reducido su papel al de un mero visitador ocasional. Pero ello no sucede con un régimen de relación amplio y flexible como el previsto entre la menor y su padre en la presente litis. (SAP León de 31 de diciembre de 2015, Rec. 306/2014).

Hay un proceso de modificación de medidas donde se había concedido la custodia compartida y la madre había apelado solicitando la custodia materna, se recuerda que ya en el proceso de divorcio el régimen seguido de hecho era el determinado por acuerdo de ambos progenitores y que era muy similar al propio de una custodia compartida, en cuanto que el menor pasa en compañía de su padre prácticamente todas las tardes desde la salida del colegio hasta la hora de dormir, encargándose este por su mayor disponibilidad en ese periodo de tiempo tanto de los deberes escolares como incluso de las actividades extraescolares, lo que se ha venido desarrollando sin incidencias relevantes. Si se realizó un cambio de denominación de un régimen de visitas amplio a una custodia compartida, ahora en apelación tampoco se ha revelado por el resultado de las pruebas practicadas en el procedimiento como inconveniente

⁹¹ Sentencia casada por STS 138/2016, de 9 de marzo de 2016 (Rec. 791/2015).

en aras al completo desarrollo del referido menor. (SAP de 22 de abril de 2015).

En este mismo sentido y en un procedimiento de modificación de medidas se mantiene la decisión de custodia compartida y se recuerda que por la demandante no se ofrece razón alguna de importancia que justifique su pretensión de modificación del régimen que ha venido desarrollándose desde la ruptura y para atribuir a ella en exclusiva la guarda y custodia, como lo pone de manifiesto el hecho de que en la demanda se propusiera un régimen de visitas a favor del padre prácticamente coincidente con el que de hecho, y por acuerdo y conveniencia de ambos progenitores, venía teniendo lugar y que, si modificó tal propuesta en el acto del juicio, posiblemente ello viniera motivado por la solicitud de custodia compartida realizada por el demandado en su escrito de contestación. (SAP Salamanca de 22 de octubre de 2013, Rec. 17/2015).

En otra situación el informe psicosocial reconoce que el régimen es parecido a la custodia compartida pero prima el deseo del menor y se decide continuar con el régimen sin cambiar de denominación al mismo. (SAP Salamanca de 8 de mayo de 2015, Rec. 173/2015).

Así mismo, en cierta ocasión en donde sí se concede la custodia compartida de acuerdo a los beneficios que esta genera para el menor, se constata que el cuidado del menor desempeñado hasta la actualidad, - con modificación de hecho por acuerdo de ambos progenitores del régimen de custodia, comunicaciones y visitas establecido en la previa sentencia de divorcio -, es propio de una medida de guarda y custodia compartida que los progenitores distribuyen en atención a su disponibilidad horaria; por tanto, si ya de hecho el régimen seguido por acuerdo de ambos progenitores es muy similar al propio de una custodia compartida. (SAP Salamanca de 22 de abril de 2015, Rec. 17/2015).

L. Error en el *petitum*

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

M. Es un procedimiento de modificación de medidas definitivas ¿existe variación sustancial de las circunstancias?

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

Se llega a considerar para la fijación de la custodia compartida que en una ampliación de la interpretación de los términos del art. 91 del Código Civil nada impide que como alteración de circunstancias deban considerarse también las legales y las jurídicas dado que el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de abril de 2013 ha sentado el criterio de que el régimen de custodia compartida no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, 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. Las jurídicas deben valorarse máxime en un caso como

el enjuiciado en el que si no se acordó en su momento la custodia compartida fue por los términos en que aparecía redactado el art. 92. 8 del Código Civil que han sido modificados por la decisión del Tribunal Constitucional de excluir como vinculante el informe favorable del Ministerio Fiscal. Además lo único que cambia es la denominación del régimen de guarda para designarlo ahora como custodia compartida habida cuenta que se mantiene en los mismos términos que antes el tiempo de contacto del menor con sus progenitores.(SAP Valladolid de 13 de abril de 2015, Rec. 142/2014).

N. Interés del solicitante que se infiere de su actuación procesal

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

La Sala considera que no es circunstancia suficiente para modificar el régimen la sola circunstancia de haber trasladado el demandante su domicilio a una vivienda próxima y ubicada en la misma localidad en que tiene su domicilio la demandada, cuando ello, según el propio demandante, tuvo lugar en el año 2.008, lo que demuestra que no se ha interesado sino hasta casi seis años después la modificación en régimen de custodia de la menor. (SAP Salamanca de 8 de mayo de 2015, Rec. 173/2015).

3.10. CASTILLA-LA MANCHA

3.10.1. ANÁLISIS CUANTITATIVO

Se han seleccionado 36 sentencias.

Del examen realizado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª. Reconocen la custodia compartida en la Audiencia Provincial: 19 (52,78%)

- En ambas instancias: 10
- Sólo en la primera instancia: 3
- Sólo en la Audiencia provincial: 6

2ª. No reconocen la custodia compartida: 17 (47,2%)

3ª. Han sido casadas por el Tribunal Supremo: 0

- El TS dice que sí procede la custodia compartida: 0
- El TS dice que no procedía la custodia compartida: 0

4ª. Han sido confirmadas por el Tribunal Supremo: 0

- El TS confirma que no procede la custodia compartida: 0
- El TS confirma que sí procedía la custodia compartida: 0

5ª ¿Quién solicita la custodia compartida? En todos los casos, ha sido el padre.

6ª. ¿En qué procedimientos han recaído?

- Divorcio/separación: 20
- Guarda y custodia: 7 de los que 1 procedía de un procedimiento de violencia de género
- Modificación de medidas: 7. De los que 2 se ha concedido la custodia compartida en 1ª instancia y en apelación (28,57). De la que 4 no se ha concedido la custodia compartida en 1ª instancia y en apelación (57,14). De la que 1 no se ha concedido la custodia en 1ª instancia y en apelación se ha producido nulidad de actuaciones (14,24).

7ª. Como se verá a continuación, el factor más determinante es el informe psicosocial, seguido de la conflictividad en la pareja.

3.10.2. ANÁLISIS CUALITATIVO

A. La distancia entre domicilios

Se ha tenido en cuenta en 7 ocasiones.

Puede ser un factor favorable que incida en la concesión de la custodia compartida:

- Es cierto que en ciertas ocasiones se dan todos los requisitos para la adopción de la custodia compartida en las respectivas viviendas de los padres por semanas alternas, dado que el padre tiene su vivienda en el mismo bloque urbano que la vivienda familiar donde residen la mujer y los hijos. (SAP Albacete de 23 de diciembre de 2015, Rec. 525/2015).

- En el caso que ocupen los progenitores viviendas no muy lejanas y la Sala concede la custodia compartida, habiéndosele atribuido a la madre y su hija la familiar, se articula ésta como solución temporal hasta que se venda la vivienda familiar, ya que entiende el Tribunal se trata de una fuente segura de conflictos. Sin embargo, la madre no considera inconveniente para la menor un cambio de centro escolar cuando nada se acredita sobre la obtención de un trabajo, que sería lo que en su caso podría justificar el cambio, ni tampoco tiene en cuenta los perjuicios que supondría para la menor los desplazamientos diarios al colegio, con el trastorno evidente que ello supone. (SAP Guadalajara de 25 de noviembre de 2014, Rec. 132/2014).

- Pero para conceder la custodia compartida debe primar el beneficio de los menores y puede que se considere que el tener que recorrer la distancia a la que se alude por la apelante para ir colegio, no parece en sí mismo como un obstáculo insalvable o que entrañe una dificultad que haga inviable el régimen de custodia compartida. (SAP Guadalajara de 30 abril de 2014, Rec. 13/2014).

La distancia también puede apreciarse para la no concesión de la custodia compartida por conllevar un perjuicio para el menor:

- Cuando la Sala entiende que es requisito imprescindible el mantener al menor siempre escolarizado en el mismo centro e integrado en un mismo grupo social, de amistades etc., lo que no es posible ya que los domicilios de ambos progenitores, en Villacañas el padre y en Talavera de la Reina la madre, distan 170 Km y dos horas en automóvil lo que haría imposible la anterior exigencia. (SAP Toledo de 26 de noviembre de 2013, Rec. 186/2013).
- O cuando los progenitores viven en diferentes localidades que hace inviable no ya la división física del inmueble familiar en dos viviendas, volviéndose a su estado original, sino el hecho de prácticamente convivir los progenitores, lo que iba a ser una fuente de conflictos continua. (SAP Albacete de 8 de octubre de 2015, Rec. 206/2015).
- O cuando existe mucha distancia entre los domicilios de los padres. En la actualidad los niños viven y estudian en Albacete, en un colegio muy cercano a su domicilio, mientras que el padre reside en Pozohondo, localidad sita a 40 km de Albacete, y la Sala cree que someter a unos niños tan pequeños a un recorrido diario de 80 km, en semanas alternas para acudir a su colegio no es lo mejor, ni mucho menos la única forma de proteger adecuadamente sus intereses. (SAP Albacete de 27 de mayo de 2014, Rec. 113/2014).
- O cuando supondría un cambio de domicilio. Los padres, de mutuo acuerdo, acordaron que la madre -a quien se atribuyó la custodia-, viviera en la localidad de Griñón, y el padre en la del Viso de San Juan. La menor se encuentra

escolarizada en el domicilio que se atribuye a la madre, donde desarrolla con normalidad el período de guardería y se ha incorporado al colegio, a lo que se ha de unir la disponibilidad de la madre para estar con su hija y que trabaja en la misma localidad en la que reside. Se pretende una guarda compartida semanal, lo que supone para la menor un cambio de domicilio entre ambas localidades semanalmente, según aquella en la que vive su progenitor respectivamente custodio, y en el caso de El Viso de San Juan (domicilio del padre), que la menor habría de trasladarse necesariamente a Griñón los días hábiles de jornada escolar, lo que supone estar casi permanentemente en la carretera (cerca de sesenta kilómetros entre ida y vuelta), y siendo impensable que la menor quede escolarizada "por semanas", según el domicilio del guardador, pues atentaría al beneficio de la menor que se persigue con la medida, además supondría que la niña pierde su entorno social, y sus amigos, pues le viene desarrollando en el lugar donde está viviendo con su madre, por lo que igualmente parece desaconsejable el cambio de custodia o que la misma se acuerde como compartida por dicho motivo. No se trata, en definitiva, que uno, o el otro, no sean competentes para la guarda, individual o compartida, sino que a juicio de la Sala, la distancia entre los domicilios de ambos progenitores, a los que sucesivamente habría de desplazarse, se entiende perjudicial para el correcto desarrollo de la menor, la que además, perdería un entorno social en el que se desenvuelve adecuadamente." (SAP Toledo de 26 de junio de 2013, Rec. 118/2013).

B. La conflictividad en la pareja

Se ha tenido en cuenta en 10 ocasiones.

Se reitera en muchas ocasiones que la conflictividad no hace referencia a las relaciones entre los cónyuges. Las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida (SAP Guadalajara de 15 de septiembre de 2015, Rec. 208/2015; SAP Cuenca de 14 de julio de 2015, Rec. 60/2015 - aunque en este caso no se concede custodia compartida por otros motivos como son problemas de conciliación-). Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor, como sucede en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento. Y es el caso que, la genérica afirmación "no tienen buenas relaciones", no ampara por sí misma una medida contraria a este régimen, cuando no se precisa la manera que dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de las menores. (SAP Ciudad Real de 5 de mayo de 2015, Rec. 64/2015)

A veces la conflictividad no es un obstáculo insalvable para la concesión de la custodia compartida porque entiende que la relación de los progenitores, si bien no puede considerarse fluida, de la declaración de ambos en la vista, se desprende una falta de comunicación, no informándose de la visita a los médicos por los menores, no facilitándose ropa para las visitas, etc. , pero sin embargo consideran que existen otros datos de mayor entidad que desaconsejan un cambio en el sistema y por lo tanto, no conceden la custodia compartida. (SAP Albacete de 8 de octubre de 2015, Rec. 206/2015).

E incluso concediéndose la custodia compartida se resalta que a veces las tensiones de los padres pueden afectar al rendimiento escolar del menor y ello no es motivado porque la custodia la tenga también el padre. (SAP Guadalajara de 25 de noviembre de 2015, Rec. 132/2014).

Se reitera que la conflictividad entendida como falta de acuerdo, malas relaciones e informes desfavorables no son obstáculos para otorgar la custodia compartida (SAP Cuenca de 14 de julio de 2015, Rec. 60/2015 -aunque en este caso concurre problemas de conciliación que justifican el rechazo de la custodia compartida-).

Es muy interesante la valoración extensa que se realiza de la conflictividad como criterio para no conceder la custodia compartida en la SAP Toledo de 11 de julio de 2014 (Rec. 48/2014). Recuerda que la experiencia retrospectiva enseña que los conflictos entre los cónyuges, la ruptura del vínculo de confianza y el desequilibrio sentimental, engendran, en muchas ocasiones, inseguridad, recelo, desesperanza y resentimiento. En este contexto la armonía emocional entre los miembros de las parejas suele ser frágil o ilusoria, propiciado por la propia naturaleza contradictoria de los deseos y demandas de cada uno. Lo que en un principio pudo ser amor se desfigura transformándose en su cara opuesta, dando lugar al sufrimiento, la frustración y a la crítica destructiva, sorprendiendo incluso la animosidad, beligerancia o intensidad de la repulsión o el desprecio que muchas parejas rotas sienten el uno por el otro. El proceso de separación o divorcio, indica la Audiencia, se convierte en un campo de batalla, en el que incluso se llega a planificar con todo cuidado la destrucción de la reputación de su adversario, relatando los sucesos y detalles más íntimos y personales de su expareja con el propósito de erosionar la imagen e idoneidad del otro progenitor para hacerse cargo del cuidado y educación de los hijos, pero tal proceder, en el fondo, responden a un innato resentimiento y deseo de revancha que, a parte del dinero y la fama, se traslada a los hijos. De esta forma, consciente o inconscientemente muchos padres utilizan a sus vástagos como un aliado o instrumento de coacción frente a su expareja. Y la misma insiste en que la frágil o inexistente capacidad de los progenitores para recomponer una mínima relación de respeto y acuerdo repercute en sus hijos al trasladarse a ellos su sufrimiento y frustración, provocando en los niños síntomas que afectan negativamente a su desarrollo emocional y constituyen fuente propicia de futuros cuadros de ansiedad, angustia y fracaso escolar. Dentro de las vivencias de un niño no es fácil responder a preguntas tales como ¿Dónde y con quien viviré cuando se resuelva el proceso de separación? ¿Podré seguir en el mismo colegio el próximo año? ¿Podré seguir viendo a mis amigos, a los abuelos y a mis tíos y primos? Así mismo se preocupa por el menor al resaltar que a los ojos de un niño solo una actitud positiva de los padres puede facilitar que la crisis real que acompaña la tramitación del proceso de divorcio dañe lo menos posible a los hijos, pues muchas veces ellos lo viven como si fueran a perder a uno de sus progenitores y a la familia y amigos que rodean a aquel.

Continúa diciendo la SAP Toledo de 11 de julio de 2014, que, dibujando ese contexto de guerra abierta característico de los casos de divorcio conflictivo o "destructivos", claramente identificables en el caso concreto de autos,

representa un deber ineludible del Tribunal intentar reconducir la solución del conflicto anteponiendo el interés prevalente de las dos hijas menores de edad frente al de cualquiera de sus progenitores pretendiendo:

- a) Procurar que se produzcan los menores cambios posibles respecto al hogar, colegio, entorno y relaciones familiares con abuelos, tíos, primos y amigos... etc.
- b) Lograr que las niñas mantengan buenas relaciones y continuadas con ambas figuras parentales, pues ello redundaría en su estabilidad y seguridad emocional. (ya citada en este mismo criterio SAP Toledo de 11 de julio 2014).

Por lo tanto, en el momento que esta conflictividad de los padres afecta al menor lo que puede ser motivado por no sólo por el enfrentamiento, sino por la diferente concepción de todo lo que al menor se refiere, la Sala considera que no se puede fijar un sistema de custodia compartida. Por otra parte la situación de enfrentamiento entre los progenitores, solo se convierte en relevante cuando afecte, perjudicándolo, el interés del menor, y se considera que tal situación sería contraria por completo a ese interés, pues no se trata de un enfrentamiento puntual sino de una diferente concepción de prácticamente todo cuanto tiene que ver con la menor, desde el momento mismo de su concepción, ya que los padres ni siquiera coinciden en calificar las relaciones que dieron lugar a esa concepción, una convivencia idílica según la demanda y una relación esporádica o eventual de algunos fines de semana según la contestación, sin que existiera siquiera relación de convivencia ni sentimiento recíproco de constituir una relación estable o asentada. Después de la concepción según la demanda cesa esa relación idílica por parte de la demandada, quien abandona el domicilio común cuatro o cinco meses después, en tanto que según esta permaneció prácticamente retenida a la fuerza en el domicilio del actor debido a una rotura de un tobillo que le impidió desplazarse. Desde el nacimiento de la niña el desencuentro ha sido total, sin relación personal alguna entre ambos, existiendo discrepancias en torno a la razón por la que no se inscribe la paternidad del demandante en un primer momento en el Registro Civil y reclamando este tal paternidad por vía judicial. De igual modo las visitas a la hija por parte del padre se han venido produciendo en un punto de encuentro familiar y la propia demanda solicita que las entregas de la menor se efectúen en un punto de encuentro familiar, y no solo eso sino que habla de uno que radique en Toledo por ser ciudad intermedia entre Villacañas y Talavera y tratarse de un lugar neutral para ambas partes, lo que indica hasta qué punto se encuentran enfrentadas. (SAP Toledo de 26 de noviembre de 2013, Rec. 186/2013).

A veces la custodia compartida es inviable en ese momento atendido el alto nivel de conflicto al que se une el bajo nivel de cooperación interparental, al que se refiere la psicóloga adscrita a los juzgados en su informe recomendando la custodia materna como más beneficiosa para los niños. (SAP Guadalajara de 28 de octubre de 2014, Rec. 157/2014).

No se puede otorgar la custodia compartida por impedirlo el art. 92.8 cc al estar imputado el padre en un procedimiento de violencia de género y por

desaconsejarlo la inestabilidad emocional que presenta. (SAP Guadalajara de 15 de septiembre de 2015, Rec. 219/2015).

C. Informe psicosocial

Se ha tenido en cuenta en 15 ocasiones.

En muchas ocasiones el informe de los psicólogos forenses respecto a la convivencia de establecer una guarda y custodia compartida refleja que:

- se dan unas condiciones favorables a dicha modalidad de custodia. El menor tiene una buena relación tanto con el padre como con la madre y lo más beneficioso para el menor es seguir compartiendo su tiempo con ambos progenitores y también se apoyan para dicha decisión en el informe escolar del menor. (SAP Guadalajara de 6 de junio de 2014, Rec. 53/2014). Además de tener buena relación con los padres, la mantienen con las parejas de estos y también se refleja que los progenitores disponen de recursos e infraestructura adecuada a las necesidades de los menores, poseen buen conocimiento de los niños y aptitudes parentales apropiadas para la crianza, contando con apoyo de sus respectivas familias, (SAP Toledo de 25 de junio de 2013, Rec. 252/2013). Además el perito aclara en otro caso en el acto de juicio que el menor está adaptado al régimen vigente que es el de custodia compartida sin que se cuente con prueba alguna de la desestabilización referida por la madre. (SAP de 15 de septiembre de 2015, Rec. 208/2015).
- ambos progenitores están capacitados para ello. Se valora, el informe presentado por la parte y el emitido por el perito judicial, en el que se puede observar que el mismo es el resultado de la entrevista mantenida con los progenitores hoy litigantes la evaluación de los menores tras la exploración de los mismos. (SAP Guadalajara de 29 de abril de 2014, Rec. 6/2014).
- se debe e valorar el interés del menor para conceder la custodia compartida por encima de otro criterio, como la distancia, al considerar que es beneficioso el contacto frecuente con ambos progenitores, los cuales están capacitados para ostentar la guarda y custodia del hijo. Por otro lado, el tener que recorrer la distancia a la que se alude por la apelante para ir colegio, no parece en sí mismo como un obstáculo insalvable o que entrañe una dificultad que haga inviable el régimen de custodia compartida. (SAP Guadalajara de 30 abril de 2014, Rec. 13/2014).

El criterio judicial confía en el informe porque en ciertas ocasiones gracias a él no ha quedado acreditado que exista una actual adicción a tóxicos por el otro progenitor no obstante haber reconocido que necesitó ayuda especializada en el pasado para superarla. Tampoco se acredita que la hija conviva con el padre en la vivienda sobre cuyo lamentable estado se aportan fotografías, pues lo que consta es que la menor cuando está en compañía de su padre en casa de sus abuelos paternos, siendo esta vivienda una segunda residencia. (SAP Cuenca de 4 de abril de 2014, Rec. 266/2013). En ocasiones el informe ayuda

a la concesión de la custodia compartida aunque la madre haya sufrido psicológicamente por la ruptura, comenzando la custodia con el padre hasta que la madre se recupere al estimar que en relación al estado psicológico de la madre, se considera que no es cierto que se adopte la guarda y custodia compartida por el tratamiento psicológico que madre venía recibiendo. La medida se adopta porque el informe psicosocial la considera más adecuada y porque los hijos tienen muy buena relación afectiva con los padres. Se recuerda que el Juez que acordó custodia compartida, resaltó que se iniciara con el padre ya que en este momento la madre estaba muy afectada por la medida y que en el momento que se fuera a producir la entrada en la casa de la madre se comprobase que la misma se encontraba en óptimas condiciones psicológicas, por el bien de los niños y de la propia apelante. (SAP Ciudad Real de 24 de julio de 2015, Rec. 320/2015).

En alguna ocasión la Sala resuelve en el mismo sentido que el informe psicosocial favorable a la custodia monoparental. La Sala considera que dicho informe se expresa lacónicamente y concede la compartida. Considera que son dos las razones la primera, la falta de razones para alterar la situación actual. La segunda, las dificultades que supondría la aplicación en la práctica de la custodia compartida. Sin embargo considera la Sala que el régimen de custodia compartida resulta más ventajosa, y que propicia que la circunstancia de que los niños se encuentren en la actualidad integrados no justifica, por si sola, el mantenimiento de la situación cuando, sin embargo, se encuentran en el estado que más arriba hemos relatado. (SAP Guadalajara de 5 de mayo de 2015, Rec. 74/2015).

E incluso en ciertas ocasiones la Sala revisa la interpretación que se ha realizado del informe Psicosocial. Aun cuando se considera como grave inconveniente para el establecimiento de la custodia compartida por la apelante la supuesta adicción del padre al consumo de bebidas alcohólicas. La Sala revisa el informe pericial no alcanzando la misma conclusión puesto que entiende que se parte de una premisa equivocada o si se quiere, de una interpretación interesada del informe psicológico. Que el padre haya manifestado que consume habitualmente tabaco y alcohol, no significa que tenga una adicción a su ingesta. Por si lo anterior no bastara y a mayor abundamiento, reconocido tal hecho llanamente ante la psicólogo, ésta no ha apreciado inconveniente alguno en el padre para el ejercicio de la custodia. Hasta tal punto es así que en sus conclusiones se recoge literalmente que no se ha detectado en ninguno de los progenitores indicadores psicopatológicos que pudieran influir negativamente en sus capacidades parentales. En definitiva, esa supuesta adicción al alcohol ni ha sido probada, ni, en su caso, se ha demostrado que influya negativamente en las capacidades parentales del apelado. (SAP Guadalajara de 25 de noviembre de 2014, Rec. 194/2014)

El informe denegatorio de la custodia compartida puede:

- Reflejar la necesidad de mantener la situación actual. El informe psicosocial suele ser tenido en cuenta con otros criterios para la fijación del mantenimiento del sistema establecido al desprenderse la conclusión de la perito psicóloga favorable a que mantenga la custodia de la madre. (SAP Albacete de 8 de

octubre de 2015, Rec. 206/2015). Este mantenimiento del status quo puede ser motivado por la buena actitud de la madre. En este sentido el informe psicosocial incide en la actitud de la madre para el desempeño de las funciones inherentes a la guarda, actitud que comprobamos ya no solo en las referencias del informe del estado de la menor, sino también en datos tales como la evitación de conflictos con el padre, por ejemplo cuando puede existir diferentes interpretaciones sobre el disfrute de los puentes, que aboga por una postura conciliadora, lo que evidentemente redundaría en el interés de la menor. (SAP Guadalajara de 24 de marzo de 2015, Rec. 34/2015).

- Dejar claro problemas de conciliación laboral por horarios complicados del padre al comenzar a las 6 h. (SAP Cuenca de 14 de julio de 2015, Rec. 60/2015).

- Reflejar la existencia de varios motivos como el horario laboral del padre y la mayor vinculación afectiva que la pequeña tenía con la madre. (SAP Albacete de 27 de octubre de 2015, Rec. 144/2015).

- Destacar que la distancia entre los domicilios de los progenitores genera que los menores deban realizar grandes recorridos con su correspondiente perjuicio. (SAP Albacete de 27 de mayo de 2014, Rec. 113/2014).

- Valorar el elevado conflicto de lealtades que presentan los menores y que podría agravarse en caso de establecer la custodia paterna por lo que el perito ha valorado las manifestaciones de los menores, pero no ha atendido exactamente a sus preferencias. (SAP Guadalajara de 15 de septiembre de 2015, Rec. 219/2015).

- Destacar la situación de los padres (alto nivel de conflicto y bajo nivel de cooperación entre ambos), en las comunicaciones telemáticas que han mantenido, en las denuncias penales interpuestas, en las entrevistas realizadas con el psicólogo y en los interrogatorios de parte practicados a presencia judicial, todo ello además del comportamiento desarrollado por los progenitores que puede afectar de forma inmediata y aún mediata a los hijos, citando como ejemplo la actuación de ambas partes en relación con la vivienda común gravada con una hipoteca que padre y madre han abandonado para ocupar otra nueva en régimen de arrendamiento, dejando de abonar las cuotas del préstamo hipotecario con el consiguiente perjuicio para sus patrimonios. (SAP Guadalajara de 28 de octubre de 2014, Rec. 157/2014).

D. La opinión del menor

Se ha tenido en cuenta en 7 ocasiones.

La sala tiene en cuenta el deseo del menor a la hora de fijar la custodia compartida en la mayoría de los casos cuando manifiesta claramente su deseo de vivir con ambos, presenta un fuerte vínculo afectivo hacia ambos progenitores deseando poder estar y relacionarse con los dos con la mayor frecuencia posible, no expresando preferencia sobre custodia y valorando de

forma positiva una convivencia con ambos de forma alterna en el domicilio de cada uno de ellos. Concluir, por tanto, que la voluntad de la menor se manifiesta de forma proclive a la custodia compartida, lo que parece una deducción adecuada y con apoyo en la propia manifestación de la menor (SAP Guadalajara de 25 de noviembre de 2014, Rec. 194/2014).

E incluso este deseo se muestra aun cuando no ha estado casi con el padre y la relación con su padre es tan optima que el menor, que por su edad apenas conserva recuerdos de cuando sus padres convivían juntos, quiere estar con su padre el mayor tiempo posible pese a haber convivido desde la separación de hecho con su madre, todo lo cual indica a la Sala la fácil adaptación que pueden tener a un sistema de custodia compartida. (SAP Toledo de 25 de junio de 2013, Rec. 252/2013).

E incluso se tiene en cuenta el deseo del menor para la fijación de la custodia compartida aun cuando el menor parece que no deja clara su voluntad porque dice que si bien el menor manifiesta que está bien como está (custodia exclusiva de la madre), aunque también es cierto que dice que no le gustaría estar siempre con su padre o con su madre, y que si tuviera que volver no le importaba. En estos casos aconsejan mantenimiento de un régimen de custodia compartida que facilite la mayor relación posible por ambos progenitores, siempre en interés del menor. (SAP Ciudad Real de 18 de diciembre de 2014, Rec. 78/2015; SAP Ciudad Real de 9 de diciembre de 2014, Rec. 82/2014).

Es importante tener en cuenta el deseo de los menores también para no fijar la custodia compartida. Los deseos de los menores pueden manifestar claramente:

- Que quieren estar con su madre. En ciertas ocasiones el deseo de la menor de 10 años es estar con su madre y la Sala lo tiene en cuenta para no conceder la custodia compartida. (SAP Albacete de 27 de octubre de 2015, Rec. 144/2015).
- O que quieren seguir como estaban porque así así se encontraban bien. Como en el momento de su exploración en la primera instancia los menores contaban con 12 y 10 años de edad respectivamente, y de las respuestas que dieron a las preguntas que se les formularon, la Sala considera que su grado de madurez es muy elevado y que por ello deben tenerse muy en cuenta sus deseos. (SAP Cuenca de 10 de febrero de 2015, Rec. 239/2014).
- A veces la Sala decide apartarse de los deseos manifestados por los menores, porque la custodia materna resulta ser la más beneficiosa para los niños en el momento actual. (SAP Guadalajara de 15 de septiembre de 2015, Rec. 219/2015).

.....
.....
E. La edad del menor
.....

Se ha tenido en cuenta en 5 ocasiones.

.....

La edad del menor es un criterio que en varias ocasiones justifica la fijación de la custodia compartida al hacer primar estabilidad ante la ruptura. La manera de asegurar una forma de guarda y custodia lo más equilibrada posible que garantice el más adecuado desarrollo psíquico y social de los menores, sobre todo cuando el menor empiece a tomar conciencia de la ruptura de la vida familiar, es tarea que deben perseguir los Tribunales. En este sentido no deben olvidar los padres que, tanto desde el punto de vista ético, como legal, las medidas que se adopten en los casos de que éstos vivan separados con respecto al cuidado y educación de los hijos han de ser en beneficio de ellos; lo esencial no son los intereses de los padres, cuyas vidas seguirán caminos distintos, sino los de los hijos, con frecuencia víctimas inocentes del conflicto de la pareja y sobre los que no tienen por qué recaer las graves consecuencias de las incomprendiones, posiciones encontradas e incluso, muchas veces, egoísmos de sus progenitores, que hacen recaer sobre los hijos sus diferentes posturas. La custodia compartida por ejemplo de menores de 7 años en los que los propios padres admiten que se encuentra bien en ambos ámbitos familiares, ha de favorecerse la situación y por ambos progenitores, lejos de poner trabas, favorecer la situación de manera que aquella buena armonía, se mantenga y crezca si es posible sin enfrentamientos por motivos fútiles que hagan difícil la situación de la hija, o la obliguen a continuar elecciones, cuando lo propio es la convivencia con ambos progenitores. (SAP Cuenca de 16 de julio de 2013, Rec. 151/2013).

Además, se recuerda que la corta edad del menor, cinco años, hace que su consulta no sea relevante ya que poco puede aportar, aunque se conceda la custodia compartida sin consultar al menor pero teniendo en cuenta el informe favorable psicosocial de custodia compartida. (SAP Guadalajara de 6 de junio de 2014, Rec. 53/2014).

Pero sin embargo en otras ocasiones la corta edad del menor justifica el rechazo de la custodia compartida junto con otros criterios como la distancia de los domicilios paternos y la conflictividad de los progenitores. (SAP Toledo de 26 de noviembre de 2013, Rec. 186/2013).

Es interesante resaltar cómo la opinión del menor de 15 años con déficit de atención tiene trascendencia suficiente para declarar la nulidad de las actuaciones. En este sentido la Sala destaca que nada se esgrime acerca de cuáles son las razones que apuntan a justificar que el interés del menor, de actualmente caso quince años de edad y que desde apenas seis meses después de su nacimiento convive regularmente con su madre, quien tiene atribuida la guarda y custodia del mismo por convenio judicial aprobado judicialmente, actualmente aconseje en su solo y exclusivo beneficio un cambio del régimen de guarda. Ni se ha practicado prueba pericial o de otra índole que lo ampare ni sobretodo se ha propuesto siquiera la exploración del mismo, cuya opinión, habida cuenta las circunstancias fácticas, resulta trascendental y esencial. Y ante esa innegable realidad, considera que lo procedente es declarar la nulidad de actuaciones, para que con carácter previo al dictado de

sentencia, se proceda a oír al mismo, pues pese a que las partes no propusieran la exploración del menor una valoración integradora del Código Civil, que establece la posibilidad de escuchar al menor cuando tenga suficiente juicio y el juez lo considere necesario, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que obliga a escuchar al mayor de doce años y al menor de esa edad que tenga suficiente juicio, entre cuyos textos hay aparente contradicción, a la luz de la Ley del Menor y de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, lleva al alto Tribunal a concluir que, cuando su edad y madurez hagan presumir que tienen suficiente juicio y, en todo caso, cuando sean mayores de 12 años, los menores habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio.

F. El informe del Ministerio Fiscal

Se ha tenido en cuenta en 3 ocasiones.

En cierta ocasión se concede la custodia compartida valorando el informe favorable del Ministerio Fiscal junto a otros criterios como el informe psicosocial. (SAP Guadalajara de 15 de septiembre de 2015, Rec. 208/2015).

En ocasiones el apelante solicita cambio del sistema establecido (custodia compartida) alegando un informe desfavorable del Ministerio Fiscal. Sin embargo la Sala aclara que no se cambiara de custodia porque basta ver el escrito presentado por el Ministerio Fiscal al darle traslado del recurso de apelación entablado por la parte apelante para comprobar que lo que pudiera ser en un principio una oposición al régimen de custodia compartida no parece que mantengan dicha oposición cuando espera que se confirme la sentencia recurrida en su totalidad al oponerse al recurso entablado por la parte apelante. (SAP Cuenca de 16 de julio de 2015, Rec. 151/2013).

Sin embargo a veces no se concede la custodia compartida teniendo en cuenta junto con otros criterios el informe del Ministerio Fiscal favorable al régimen de custodia materna porque aunque reconoce que el padre está perfectamente capacitado para atender a su hijo pero que éste no es el único criterio para conceder la custodia compartida y que el principal criterio para la adopción de esta medida no es la capacidad, bienestar o interés de los padres sino el interés de la hija. (SAP Albacete de 27 de octubre de 2015, Rec. 144/2015).

G. Posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral

Se ha tenido en cuenta en 7 ocasiones.

Hay que destacar que para fijar la custodia compartida se empieza a reconocer que la situación del padre, y en concreto su actividad laboral, es la propia de todos los padres y madres trabajadoras en España con hijos menores de edad, que bien con ayuda externa, de familia o a través de guarderías o similares, suplen las horas que no pueden dedicar a sus hijos cada día por razón del trabajo sin que tal circunstancia, por sí, sea un elemento negativo contrario a la

adopción de este régimen. (SAP Albacete de 24 de julio de 2015, N° Rec. 188/2015).

En cualquier caso la necesidad de ayuda familiar por parte del padre para la atención de los hijos no es obstáculo a la custodia compartida, pues igualmente podrá necesitar ayuda la madre si encuentra un trabajo cuyo horario no coincide con el escolar o en periodos vacacionales. (SAP Guadalajara de 25 de noviembre de 2014, Rec. 132/2014)

Incluso hay sentencias que valoran que la exigencia laboral del padre con profesión de piloto produciría los mismos inconvenientes con un régimen de visitas amplio pero donde el menor no gozaría de las ventajas de la custodia compartida. Teniendo en cuenta la documental obrante en las actuaciones resulta que los vuelos transoceánicos del demandante suponen que éste haya de permanecer fuera del domicilio familiar en torno a las 7 noches al mes. Sin perjuicio de las reducciones de jornada que pudiera solicitar y obtener (así resulta de la documental aportada con el escrito de oposición al recurso de apelación) o de cualesquiera otras medidas dirigidas a facilitar la conciliación de la vida familiar, partiendo de la situación de hecho y desde el presupuesto del interés del menor que exige que el niño mantenga relación con ambos progenitores, se considera que la custodia compartida decidida en la instancia, si bien tiene indudables inconvenientes, dispone de otras ventajas que la hacen preferible a la custodia materna con régimen de visitas a favor del padre. Para empezar un régimen de visitas ordinario presentaría los mismos problemas para la relación padre- hijo que la custodia compartida (coincidencia de los fines de semana con vuelo intercontinental paterno) y, además, privaría al niño de la indudable ventaja que supone el importante número de días libres de los que dispone el actor. Por consiguiente padecería los inconvenientes y no disfrutaría de las ventajas. Desde dicho presupuesto el régimen estándar no es más beneficioso para Raúl. La Sala considera que los inconvenientes de las exigencias laborales del padre pueden paliarse con el sistema de intercambio semanal acordado en la sentencia. El padre sostiene en su interrogatorio que podrá acomodar su trabajo a los períodos en los que ha de permanecer en compañía del hijo y la Sala no encuentra razones para dudar de su afirmación. Por otra parte y para los días del mes en los que coincida el ejercicio de la custodia semanal y la realización de vuelos que no pueda haber hecho coincidir con la semana en la que no esté en compañía del menor, la ayuda de sus padres puede solucionar la situación. (SAP Guadalajara de 24 de marzo de 2015, Rec. 34/2015).

E incluso en otra ocasión se concede la custodia compartida resaltando que la precariedad en el empleo del padre o su nivel de ingresos no justifica los efectos que la recurrente pretende sobre el régimen de custodia establecido judicialmente. (SAP Cuenca de 4 de abril de 2014, Rec. 266/2013).

Sin embargo, en otras ocasiones, nos encontramos con situaciones totalmente contradictorias donde se considera que los horarios laborales del padre que comienzan a las 6 finalizando a las 19 h son causa que justifica el rechazo de la custodia compartida. En este sentido se resalta que dichos horarios perjudican al menor según observa el informe del Equipo Psicosocial donde se

comprueba que el progenitor inicia su jornada laboral diaria a las 06:00 horas, pudiendo finalizar la misma a las 19:00 horas, (véase el folio 260 de las actuaciones), lo que significa que la menor, durante los períodos de hipotética guarda y custodia que se atribuyera al padre, estaría muchas horas al día acompañada y asistida por personas distintas de su padre, (familiares o terceros), lo que entendemos que no sería beneficioso para la pequeña, e incluso con ello la niña podría tener una vida inadecuada para su edad, (teniendo cuenta que en la actualidad tiene 6 años; y ello con arreglo al folio 15 de las actuaciones), pues pensemos por ejemplo en algún o algunos días que no haya persona mayor de edad alguna en el domicilio del progenitor cuando éste se marcha a trabajar, o que una persona mayor de edad no pueda acudir a ese domicilio en ese momento, lo que significaría que habría que estar levantando a la niña de la cama hacia las 5,30 horas para llevarla al domicilio de algún familiar o tercero, (o dejar a la pequeña la noche anterior en el domicilio de algún familiar o tercero; lo que supondría para la pequeña un innecesario peregrinaje). (SAP Cuenca de 14 de julio de 2015, Rec. 60/2015)

En alguna ocasión los problemas de conciliación no se ciñen al empleo sino más al ámbito familiar y en concreto a la necesidad de disponer de una vivienda. Es interesante resaltar que el padre no tiene domicilio propio (vive con sus padres y hermanos) aunque informa que intentará solucionar esta situación, la sala considera que es una previsión de futuro que no sirve para modificar la sentencia y por lo tanto, se rechaza la custodia compartida. (SAP Ciudad Real 24 de julio de 2015, Rec. 320/2014).

También hay casos que el apelante solicita custodia compartida por falta de disponibilidad en los horarios laborales al ser indeterminados, pero la Sala no la concede porque considera que hay que indagar con mayor detenimiento en la situación de los niños y las posibilidades de los padres de prestarles atención, pues parece por un lado incoherente que se solicite la custodia compartida para a la vez oponerse al régimen de visitas instando un régimen más limitado por falta de disponibilidad horaria por razones de trabajo, siendo obvio que sería más difícil con un horario laboral indeterminado organizarse con tres niños, estando por otro lado dificultada la obtención de ayuda externa con los limitados ingresos de los que afirma dispone en la actualidad.(SAP Guadalajara de 1 de julio de 2014, Rec. 268/2013).

H. La existencia de la figura de un “cuidador principal” durante la convivencia

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

I. Aportación de plan de parentalidad

Se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones.

Sólo en dos ocasiones se aconseja la elaboración de un plan de parentalidad cuando la Sala no concedió la custodia compartida por alternancias anuales y considera apropiado esta medida debería venir precedida de un plan contradictorio sobre la forma de su ejercicio ajustado a las necesidades y

disponibilidad de las partes implicadas y que las situaciones son muy cambiantes tanto en lo económico como en lo personal, psicológico, emocional y social, pero también lo es que una alternancia prolongada ni está proscrita en nuestro ordenamiento, ni se ha demostrado que afecte de manera favorable o desfavorable a la estabilidad de los menores. La medida, sin duda, es subsidiaria a lo que en cada momento puedan acordar los padres para el mejor bienestar de sus hijos. Son ellos y no los jueces quienes conocen mejor la realidad de los niños y quienes deberán adaptarlo a lo que les interese en cada periodo de crecimiento, aunque sea haciendo uso de la mediación familiar o de terapias educativas. (SAP Guadalajara de 6 de marzo de 2014, Rec. 220/2013; SAP Guadalajara de 5 de mayo de 2015, Rec. 74/2015).

J. Mantenimiento del *status quo*

Se ha tenido en cuenta en 3 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 el Tribunal considera que la custodia exclusiva ha venido funcionando sin problemas y es mejor mantenerla.

En este sentido, el Tribunal trata de evitar posibles problemas que podrían ocasionar el cambio y en algunos casos considera que se tiene en cuenta que los menores llevan cinco años en régimen de custodia materna sin que se haya apreciado problemas o carencias y que la custodia compartida con el desplazamiento de los menores a los domicilios de sus progenitores supondría un trastorno para estos al residir en localidades distintas ya que tendrían que cambiar continuamente cada vez que cambiara el periodo a que se extendiere la custodia de cada progenitor. (SAP Albacete de 8 de octubre de 2015, Rec. 206/2015).

Además se quiere hacer primar el estado de la menor y en algún caso se parte de que la situación actual de la menor (custodia materna) revela y redundo en su beneficio, “en cuanto se aprecia a la menor con un buen desarrollo e integración en todos los órdenes de la vida. Desde la separación, la menor se encuentra bajo la guarda materna, realizando estancias con su progenitor paterno sin problemática alguna, apreciando a la figura de ambos progenitores. (SAP Guadalajara de 22 de mayo de 2015, Rec. 129/2013).

A veces se dispone que el hecho que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en medidas provisionales no es especialmente significativo para impedirlo no solo porque dejaría sin contenido los preceptos que regulan

la adopción de las medidas definitivas si las provisionales funcionan correctamente, sin atender las etapas del desarrollo de las hijas, sino porque tampoco se valora como complemento el mejor interés de las menores en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando, incluso, ya ha funcionado durante un tiempo y se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual y finalmente se acaba considerando más apropiado porque parece que el interés del padre es más por la vivienda que por el interés de los menores. (SAP Guadalajara de 6 de marzo de 2014, Rec. 220/2013).

K. Existencia de facto de un régimen de custodia compartida

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

En ocasiones no se concede la custodia compartida y se considera que la sentencia ha de ser modificada en el sentido de reducir el régimen de visitas establecido, ya que en la práctica viene a acordar precisamente aquello que declara no ser beneficioso para el menor, es decir, una auténtica custodia compartida no aconsejada por el informe pericial psicológico, y además con una gran dispersión y falta de continuidad entre los días en que el menor pernoctará con uno u otro de sus padres, llegando a convertirlo prácticamente, valga la expresión, más que en una custodia compartida en una especie de custodia itinerante o transeúnte. (SAP Toledo de 26 de febrero de 2014, Rec. 225/213).

L. Error en el *petitum*

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

M. Es un procedimiento de modificación de medidas definitivas ¿existe variación sustancial de las circunstancias?

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

La Sala, examinando el convenio regulador del divorcio, cree que en relación a la reintegración de la madre a su puesto de trabajo finalizado un periodo corto de excedencia no ha existido una alteración sustancial de las circunstancias en el momento que se adoptó custodia materna porque ambas partes conocía de dicha excedencia y por lo tanto, no se ha producido un cambio imprevisto e imprevisible de las circunstancias previstas en el convenio o al tiempo del divorcio que justifiquen un cambio de la medida y que tampoco se ha producido un cambio de entidad que afecte a la esencia de la medida, por lo que no se concede la custodia compartida. (SAP Albacete de 27 de mayo de 2017, Rec. 113/2014).

N. Interés del solicitante que se infiere de su actuación procesal

Se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones.

Cuando el Tribunal detecta que el interés del solicitante no coincide con el interés del menor no concede la custodia compartida. En esta ocasión la Sala se sorprende que en reiteradas ocasiones el padre afirmara que las niñas debían estar con la madre, llega a decir "veo lógico que la custodia la tengas tu", firmando un convenio en el que así se recoge, sin que parezca que el motivo por el que rectifica su criterio inicial y solicita la custodia compartida en este procedimiento no parece que sea simplemente el interés por el bienestar de las niñas, subyaciendo la disputa por la vivienda. (SAP Guadalajara de 6 de marzo de 2014, Rec. 220/2013).

Parece que se pone en duda el interés del solicitante cuando la propia Sala considera que dicho interés es incoherente porque solicita custodia compartida y no un régimen de visitas cuando tiene un difícil horario laboral y además si lo que pretende el recurrente es poner a salvo a los menores de las supuestas discusiones de su ex mujer y la pareja de la misma es evidente que la custodia compartida no es la solución pues seguirían viviendo en los periodos que les correspondieran con su madre y si considera que corre peligro la integridad o seguridad de sus hijos debería interesar en su caso un cambio. (SAP Guadalajara de 1 de julio de 2014, Rec.268/2013).

3.11. EXTREMADURA

3.11.1. ANÁLISIS CUANTITATIVO

Se han examinado 20 sentencias.

Del examen realizado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª. Reconocen la custodia compartida en la Audiencia Provincial: 6 (30 %)

- En ambas instancias: 5
- Sólo en la primera instancia: 2
- Sólo en la Audiencia provincial: 1

2ª. No reconocen la custodia compartida: 14 (70 %)

3ª. Han sido casadas por el Tribunal Supremo: 1

- El TS dice que sí procede la custodia compartida: 1
- El TS dice que no procedía la custodia compartida: 0

4ª. Han sido confirmadas por el Tribunal Supremo: 1

- El TS confirma que no procede la custodia compartida: 1
- El TS confirma que sí procedía la custodia compartida: 0

5ª. ¿Quién solicita la custodia compartida? Sólo en un caso se solicita por la madre, y lo hace de forma subsidiaria, para el caso que no se resuelva la custodia exclusiva (SAP Cáceres de 25 de mayo de 2015, Rec. 203/2015).

6ª. ¿En qué procedimientos han recaído?

- Divorcio/separación: 13. Se ha reconocido en 4 sentencias (30,76%)
- Guarda y custodia/relaciones paterno-filiales: 2. No se ha reconocido (0%).
- Modificación de medidas: 5. Sólo se ha reconocido en una ocasión y sólo por la AP, no por la 1ª instancia (20%)

7ª. Como se verá a continuación, el factor más determinante es el informe psicosocial, seguido de la conflictividad y los problemas de comunicación dentro de la pareja.

8ª. Se observa en la AP Cáceres que se considera la custodia compartida como lo normal, siendo la necesidad de custodia exclusiva, por ser más beneficiosa para el menor, lo que hay que demostrar.

3.11.2. ANÁLISIS CUALITATIVO

A. La distancia entre domicilios

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

Es factor determinante en la SAP Cáceres de 26 de junio de 2013, ya que los padres viven en ciudades distintas, por lo que el cambio de domicilio supondría un cambio de todas las circunstancias diarias y habituales de la menor: colegio, amistades, actividades extraescolares, etc. Lo que no favorecería una estabilidad y desarrollo adecuados.

B. La conflictividad en la pareja

Se ha tenido en cuenta en 5 ocasiones.

- La conflictividad se desprende de los siguientes hechos: no existe comunicación, ni acuerdos, ni consensos, ni cesiones y, en cambio, las denuncias son constantes, incluso judicializadas con procesos penales (SAP Cáceres de 25 de mayo de 2015, Rec. 203/2015).

- La situación de desencuentro entre los padres no es factor que condicione, necesariamente, el régimen de custodia compartida, siempre que no afecte al bienestar del menor. Es más, lo lógico es que, conforme se vaya desarrollando y desenvolviendo el régimen de custodia compartida, dichos enfrentamientos deberían disminuir y las comunicaciones entre los progenitores terminarán normalizándose en beneficio de dispensar a la hija menor común una mayor atención que redunde en su bienestar (SAP Cáceres de 31 de octubre de 2014, Rec. 395/2014).

- Una muestra de la hostilidad entre los progenitores es que el hijo del matrimonio, Darío, ha sido tratado por la Psicóloga Clínica del Centro del Servicio Extremeño de Salud, debido a su relación con su padre y a la dificultad de respetar el régimen de visitas establecido, Informe que merece absoluta credibilidad ante su objetividad al emitirse por Centro del Servicio Extremeño de Salud, y en el que es destacar que se realizaron entrevistas por separado con el padre y la madre sin que fuera posible consultas de mediación con ambos padres a la vez, lo que revela no sólo la situación de desencuentro entre los progenitores, sino la incidencia de ese desencuentro (hostilidad) en la relación con los hijos, deseable para intentar lograr una situación de normalidad en las relaciones paterno filiales. (SAP Cáceres de 14 de octubre de 2014, Rec. 368/2014).

- Una prueba clara de la hostilidad es que existe un Proceso Penal que se sigue ante el Juzgado de Instrucción Número Seis de Violencia sobre la Mujer, donde, según el Escrito de Conclusiones Provisionales del Ministerio Fiscal, consta como imputado el demandado, D. Juan Antonio, y, como víctima, la demandante (SAP Cáceres de 18 de octubre de 2013, Rec. 393/2013).

- Impiden reconocer la custodia compartida las relaciones patológicas existentes entre los progenitores que afectan no sólo a su esfera personal sino

también a su condición de padres educadores, repercutiendo negativamente en el menor (SAP Cáceres de 10 de octubre de 2013, Rec. 367/2013).

- Un indicio de la relación de conflictividad es la pretensión del padre de privar o suspender en su ejercicio de la patria potestad a la madre (STJJ Santa Cruz de Tenerife, de 29 de abril de 2015, Rec. 119/2014 –de hecho el niño convivía con el padre desde la ruptura de la pareja-)

C. Informe psicosocial

Se ha tenido en cuenta en 9 ocasiones.

- Es factor determinante para denegar la custodia compartida (SAP Cáceres de 14 de septiembre de 2015, Rec. 345/2015; SAP Cáceres de 25 de mayo de 2015, Rec. 203/2015; SAP Cáceres de 18 de octubre de 2013, Rec. 393/2013) o para reconocerla (SAP Cáceres de 2 de marzo de 2015, Rec. 57/2015; SAP de Cáceres de 31 de octubre de 2014, Rec. 395/2014; SAP Cáceres de 4 de febrero de 2014, Rec. 520/2013).

- La ausencia del informe psicosocial, que no se ha propuesto ni practicado, no aconseja que se reconozca la custodia compartida, pues no es suficiente que éste régimen deba ser el general y deseable, máxime cuando la madre se opone al mismo (SAP Cáceres de 14 de octubre de 2014, Rec. 339/2014). También cuando este informe existe pero resulta abiertamente contradictorio y no propone, de facto y de manera inmediata, un régimen de custodia compartida (SAP Cáceres de 14 de octubre de 2014, Rec. 368/2014).

- En la SAP Cáceres de 22 de mayo de 2013 (Rec. 177/2013) se deniega la custodia compartida, pese a que en la 1ª instancia se reconoció, con base en los informes favorables del equipo psicosocial y del Ministerio Fiscal. La AP vuelve a reconocer la custodia exclusiva para la madre, considerando desaconsejable la custodia compartida, que lejos de beneficiar a los menores, va a provocar mayor desequilibrio en los mismos. En primer lugar, porque los progenitores no están de acuerdo con la misma ni existe voluntad de cumplimiento y entendimiento, hasta el punto de que la propia sentencia les imponga acudir a un proceso de mediación familiar para lograr su efectividad. Además, las circunstancias económicas de las partes determinan serias dificultades de cumplimiento del régimen impuesto, pues el padre no tiene en la actualidad una vivienda en la que pudieran residir los menores cuando estén en su compañía, dado que la sentencia adjudica el uso de la vivienda familiar a la madre, a pesar de ser un bien privativo del padre al que se impone un régimen semanal de custodia de los tres hijos menores de edad. Por último, no se considera adecuada la alternancia semanal en la custodia, pues no garantiza el equilibrio y estabilidad necesaria para los menores a los que se impone un cambio de residencia todas las semanas, con la mudanza de enseres personales que conlleva. Finalmente, se da la custodia exclusiva a la madre, “a la vista de que en el régimen provisional se otorgó a la madre la guarda y custodia, funcionando sin problema durante el tiempo en que ha estado en vigor, procede mantener dicha medida”.

- Entre las razones alegadas en el informe psicosocial para denegar la custodia compartida, cabe citar:

- la mayor vinculación afectiva de la menor con la madre, que es congruente con la preferencia convivencial expresada por la menor de continuar viviendo con su madre (SAP Cáceres de 14 de septiembre de 2015, Rec. 345/2015).
- el adecuado funcionamiento del régimen de visitas que se viene desarrollando con el acuerdo de ambos padres y el riesgo en la estabilidad de la vida diaria de la menor que supondría la alteración del régimen actual de guarda y custodia (SAP Cáceres de 14 de septiembre de 2015, Rec. 345/2015).
- el inespecífico horario laboral del padre por su profesión de trabajador autónomo (SAP Cáceres de 14 de septiembre de 2015, Rec. 345/2015).
- la existencia de una situación objetiva de hostilidad entre los progenitores que se manifiesta en el cruce de denuncias en la vía penal incluso judicializándose con procesos penales (SAP Cáceres de 25 de mayo de 2015, Rec. 203/2015), incluso aunque la madre retirara posteriormente la denuncia (SAP Cáceres de 14 de septiembre de 2015, Rec. 345/2015).
- el deseo manifestado con la menor, que tiene 9 años, cuya voluntad debe tenerse en cuenta, quien manifestó que "las visitas le gustan como están porque ve a su padre cuando quiere"; y esta voluntad siempre que sea razonable debe, cuando menor, considerarse y evaluarse. (SAP Cáceres de 14 de septiembre de 2015, Rec. 345/2015).
- la edad de la menor, de sólo 2 años, que ya empieza a apreciar momentos o situaciones indeseables, dada la hostilidad existente entre los progenitores (SAP Cáceres de 25 de mayo de 2015, Rec. 203/2015).

En ocasiones el informe psicosocial aconseja, consejo que asume la sala de la AP, que los progenitores acudan obligatoriamente a un programa de mediación que les ayude a diseñar un programa de educación compartida o de coparentalidad. Si fuera así y el resultado se revelara positivo, indica la Sala, siempre podría proponerse la modificación del régimen de Guarda y Custodia sobre la hija menor (SAP Cáceres de 25 de mayo de 2015, Rec. 203/2015).

D. La opinión del menor

Se ha tenido en cuenta en 5 ocasiones.

- Resulta determinante el deseo manifestado por la menor (de 15 años) que desea permanecer con su madre, aun cuando ello implique que la hija mayor estará bajo la custodia exclusiva de la madre y la hija menor estará bajo la custodia compartida de ambos. El juez justifica esta separación de las hermanas en las especiales circunstancias concurrentes en el caso: viven en Coria, una población pequeña que permite que las hermanas se vean siempre que quieran, y, además, se arbitra un régimen de visitas notablemente amplio para ambas hijas que permite -si así lo desean las hijas- el contacto prácticamente permanente entre las hermanas, que únicamente no coinciden durante una semana en el mismo domicilio, pero que, en dicho periodo de tiempo semanal, pueden, si así lo desean mantener un contacto asiduo (SAP Cáceres de 1 de junio de 2015, Rec. 240/2015).

- En contra de reconocer la custodia compartida: el hijo menor ha manifestado en la audiencia reservada, su clara preferencia a convivir con la madre (SAP Cáceres de 14 de octubre de 2014, Rec. 368/2014). El hijo menor (11 años) ha manifestado al Equipo psicosocial estar plenamente adaptado al régimen actualmente vigente, custodia exclusiva para la madre con amplio régimen de visitas para la madre, que es el que viene rigiendo desde que se adoptara, inicialmente, en Auto de Medidas Provisionales previas a demanda de Divorcio (SAP Badajoz 4 de julio de 2014, Rec. 243/2014)⁹².

- El deseo del menor (14 años) que manifiesta de forma "clara y sin ambages su voluntad de vivir más tiempo con su padre, e incluso de vivir con él", pese a no tener problemas con su madre, lo que le permitiría estar más tiempo con su hermana, mayor de edad, que vive con el padre, es tenido en cuenta por la sentencia de 1ª instancia para reconocer la custodia compartida. Sin embargo, dicho deseo es interpretado posteriormente por la AP de Mérida de forma, cuando menos, sorprendente, ya que considera que ello está "más bien relacionado con la comodidad que le supone la circunstancia de que el domicilio en que reside el padre está situado en el centro de la ciudad", lo que le daría más facilidad para sus actividades de estudio y de ocio (SAP Mérida de 2 de febrero de 2015, Rec. 177/2013). La SAP fue casada por la STS de 11 de febrero de 2016 (Rec. 891/2015) que concluye que en este caso, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal al solicitar la estimación del recurso, es claro el interés del menor en el sentido de que se adopte el sistema de custodia compartida, pues así le conviene por razones de localización, lo que hay que tener en cuenta pues aunque no se trate de un criterio que predetermine la resolución judicial, sí ha de concedérsele especial relevancia cuando no concurren otros datos que hagan pensar en que la custodia compartida llevará consigo algún efecto negativo para dicho menor.

E. La edad del menor

Se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones.

⁹² La sentencia ha sido confirmada por STS de 29 de marzo de 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."

- La edad de la hija (ocho años de edad) beneficia, más que perjudica, este régimen de custodia; y las costumbres de la hija pueden dispensarse sin ningún tipo de problemática por ambos progenitores, además de que la edad de la menor exige que el contacto y la relación inmediata con ambos padres sea lo más amplia y continuada posible, de tal modo que, si se dan las condiciones favorables en beneficio de la menor el régimen de custodia compartida se revela idóneo (SAP Cáceres de 9 de diciembre de 2014, Rec. 466/2014). La misma argumentación encontramos también en la AP Cáceres respecto a una menor de 3 años y 4 meses (SAP Cáceres de 31 de octubre de 2014, Rec. 395/2014).

F. El informe del Ministerio Fiscal

Se ha tenido en cuenta en 6 ocasiones.

No es un factor decisivo. Se tiene en cuenta, junto con el resto del material probatorio, para reforzar la decisión de no conceder la custodia compartida (SAP Cáceres de 14 de septiembre de 2015, Rec. 345/2015; SAP Badajoz 4 de julio de 2014, Rec. 243/2014) o de concederla (SAP Cáceres de 2 de marzo de 2015, Rec. 57/2015; SAP Cáceres de 9 de diciembre de 2014, Rec. 466/2014; SAP de Cáceres de 31 de octubre de 2014, Rec. 395/2014, SAP Cáceres de 2 de marzo de 2015, Rec. 57/2015; SAP Cáceres de 2 de marzo de 2015, Rec. 57/2015).

G. Posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

- Los horarios del padre, aun amplios, no son obstáculos para reconocer la custodia compartida ya que siempre puede acomodarse al cuidado de la hija, horario que, incluso, con la misma amplitud podría afectar a la madre si vuelve -como pretende- (y sería, por lo demás, deseable) a una ocupación laboral en el sector de la hostelería (SAP de Cáceres de 31 de octubre de 2014, Rec. 395/2014).

- Se valora de forma muy positiva las decisiones que adopta el padre en su vida laboral o personal para disponer de más tiempo para la atención del hijo. Así en la SAP de Cáceres de 31 de octubre de 2014, Rec. 395/2014, la Sala considera que el hecho de que el padre haya abandonado la segunda ocupación laboral que tenía como regente de un establecimiento dedicado a bar, constituye una decisión más loable que censurable, si lo ha sido para ofrecer un mayor cuidado y atención a su hija.

- El hecho de que los progenitores (o alguno de los dos) lleven a una guardería a una hija menor, que ya cuenta con tres años de edad, no constituye ninguna circunstancia negativa, sino que resulta -o puede resultar- beneficioso como preparación adecuada para su inminente escolarización (SAP Cáceres de 31 de octubre de 2014, Rec. 395/2014)...

H. La existencia de la figura de un “cuidador principal” durante la convivencia

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

I. Aportación de plan de parentalidad

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

En la SAP de Cáceres de 17 de junio de 2015 (Rec. 216/2015) la Sala concluye que realmente el padre no tiene verdadero interés en la custodia compartida sino en la reducción de la pensión de alimentos. Prueba de ello es que el actor omite la forma y modo en la que se debería llevar a efecto el régimen de guarda y custodia compartida, lo que prueba el escaso interés que tiene en el mismo.

J. Mantenimiento del *status quo*

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 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)⁹³.

⁹³ La sentencia ha sido confirmada por STS de 29 de marzo de 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

K. Existencia de facto de un régimen de custodia compartida

Se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones.

- Se valora de forma positiva para conceder la custodia compartida el que este régimen (y con la configuración acordada) se haya venido desarrollando con normalidad desde la separación de hecho de los progenitores (SAP Cáceres de 1 de junio de 2015, Rec. 240/2015).

- Se valora de forma negativa para no reconocer el cambio desde la custodia exclusiva, reconocida en el convenio regulador de la separación judicial, a la custodia compartida (SAP Mérida de 2 de febrero de 2015, Rec. 300/2014 - considera la Audiencia que el régimen de custodia compartida no distaría mucho, en la práctica, del régimen de custodia de la madre con un amplio régimen de visitas a favor del padre-).

L. Error en el *petitum*

Se ha tenido en 2 ocasiones.

En la SAP de Cáceres de 18 de mayo de 2015 (Rec.202/2015) se deniega la modificación de medidas, porque realmente el padre no pide custodia compartida, sino una ampliación del régimen de visitas. Insiste la Sala en que la custodia compartida debe ser por un mínimo de una semana.

M. Es un procedimiento de modificación de medidas definitivas ¿existe variación sustancial de las circunstancias?

Se ha tenido en cuenta en 5 ocasiones.

- Se tiene en cuenta el tiempo transcurrido desde que las partes de mutuo acuerdo resolvieron la guarda y custodia a favor de la madre:

Se considera escaso en la SAP de Cáceres de 17 de junio de 2015 (Rec. 216/2015) donde se valora de forma negativa que sólo hubiera transcurrido 1 año, considerándose que en tan corto periodo de tiempo no se había producido modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta por las propias partes hacía tan poco tiempo. Un año después, el padre vuelve a solicitar modificación de medidas y la respuesta, tanto de la 1ª instancia como de la AP es la misma, si bien amplía el régimen de visitas. En esta misma

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.”

sentencia se concluye que realmente el padre no tiene verdadero interés en la custodia compartida sino en la reducción de la pensión de alimentos. Prueba de ello es que el actor omite la forma y modo en la que se debería llevar a efecto el régimen de guarda y custodia compartida, lo que prueba el escaso interés que tiene en el mismo.

Se considera significativo el paso de 7 años y se valora positivamente para dar el paso a la custodia compartida (SAP Cáceres de 9 de diciembre de 2014, Rec. 466/2014 -cuando los padres pactaron el convenio la niña tenía sólo 11 meses y ahora tiene 8 años).

- No se concede la modificación de medidas con base, fundamentalmente en el informe psicosocial que recomienda el mantenimiento de la custodia exclusiva de la madre, considerándose que el cambiar de domicilio por quincenas puede perjudicar a la hija (SAP de Cáceres de 8 de junio de 2015, Rec. 197/2015).

- El mero paso del tiempo no justifica la modificación de medidas (SAP de Cáceres de 8 de junio de 2015, Rec. 197/2015).

- La custodia compartida debe tener una duración mínima de 1 semana, por esa razón se deniega la modificación de medidas en la SAP de Cáceres de 18 de mayo de 2015 (Rec.202/2015), deduciendo la Sala que lo que realmente pide el padre es una ampliación del régimen de visitas.

- Las menores llevan viviendo con su madre desde que nacieron sin problema alguno y el padre no acredita que la modificación pretendida redunde en beneficio de ellas, antes al contrario” lo que en realidad busca el padre con dicho régimen es que se extinga su obligación de abonar pensión alimenticia a los hijos, como de inmediato se cuida de solicitar” (SAP Cáceres de 14 de octubre de 2014, Rec. 339/2014).

- Tratándose de un divorcio contencioso, precedido de un proceso de separación judicial existe una tendencia a mantener las medidas acordadas en el convenio regulador aprobado por la sentencia de separación matrimonial, que establecía la custodia para la madre, ya que el padre no prueba que se haya producido una modificación sustancial de las circunstancias que aconsejara, en beneficio de la menor, el cambio al régimen de custodia compartida (SAP Cáceres de 2 de julio de 2013, Rec. 290/2013; SAP Mérida de 2 de febrero de 2015, Rec. 177/2013 –considera la Sala que si la resolución judicial aprobó la custodia exclusiva para la madre, lo hizo porque entendió que con ella ese primordial interés de los menores quedaba suficientemente garantizado y, por tanto, en este procedimiento habrá que examinar si hay elementos nuevos que hagan razonable, en interés del ahora único hijo menor de edad, un cambio en el sistema de custodia-). La edad de la hija menor (en el momento de la separación matrimonial contaba con dos años y seis meses de edad y, ahora con siete años de edad) no es exponente del cambio del régimen de guarda y custodia por dos motivos: de un lado, porque no se ha revelado la necesidad de ese cambio en beneficio de la hija, y, de otro, porque el Convenio Regulador tenía una clara previsión de futuro en relación con la hija, incluso para periodos escolares y de colegio posteriores a los de la

guardería, de tal modo que el propio texto del Convenio (se reitera, pactado con el acuerdo de ambos cónyuges) no reclama ninguna actualización, matización o acomodo a circunstancias nuevas o no contempladas (SAP Cáceres de 2 de julio de 2013, Rec. 290/2013).

- El cambio temporal del domicilio del progenitor que solicita la custodia compartida, tampoco es un factor relevante para acreditar la existencia de una variación sustancial de las circunstancias existentes al firmar el convenio regulador (SAP Cáceres de 2 de julio de 2013, Rec. 290/2013).

N. Interés del solicitante que se infiere de su actuación procesal

Nada

3.12. ISLAS CANARIAS

3. 12.1. ANÁLISIS CUANTITATIVO

Se han examinado 63 sentencias...

Del examen realizado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª. Reconocen la custodia compartida en la Audiencia Provincial: 18 (28,57%)

- En ambas instancias: 15
- Sólo en la primera instancia: 1
- Sólo en la Audiencia provincial: 3

2ª. No reconocen la custodia compartida: 45 (71,42%)

3ª. Han sido casadas por el Tribunal Supremo: 2

- El TS dice que sí procede la custodia compartida: 2
- El TS dice que no procedía la custodia compartida: 0

4ª. Han sido confirmadas por el Tribunal Supremo: 0

- El TS confirma que no procede la custodia compartida: 0
- El TS confirma que sí procedía la custodia compartida: 0

5ª. ¿Quién solicita la custodia compartida? En 5 ocasiones es la madre quien la pide en primer lugar y en 3 ocasiones la pide de forma subsidiaria. En 2 ocasiones los menores tienen 2 progenitoras.

6ª. ¿En qué procedimientos han recaído?

- Divorcio/separación: 28. Se reconoce en 10 sentencias (35,71%)
- Guarda y custodia/relaciones paterno-filiales: 24. Se ha reconocido en 4 sentencias (16.66%)
- Modificación de medidas: 11. Se ha reconocido en 4 sentencias (36.66%). No se observa una dificultad especial para obtener el reconocimiento de la custodia compartida, en relación con otros procesos.

7ª. Como se verá a continuación, el factor más determinante es el mantenimiento del *status quo*, seguido de la conflictividad de los progenitores y, muy de cerca, por el informe psicosocial.

3.12.2. ANÁLISIS CUALITATIVO

A. La distancia entre domicilios

Se ha tenido en cuenta en 6 ocasiones.

- No es suficiente la intención manifestada por el padre de cambiar de domicilio, si dicho cambio no se ha materializado (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 25 de marzo de 2015, Rec. 33/2014 –el padre sólo prueba que ha solicitado a la empresa el cambio a otra localidad, pero no acredita que se haya hecho realidad). En el mismo sentido, la SAP Santa Cruz de Tenerife, de 4 de junio de 2015 (Rec. 295/2014) insiste en que el sistema de custodia compartida no puede hacerse depender de un hecho futuro e imprevisible, como es el cambio de domicilio del padre, que no se acreditó en el momento de dictarse la sentencia.

- El factor decisivo es la larga distancia, ya que la madre y el niño viven en Elche, lo que obligaría a establecer custodia compartida por períodos de 6 meses, con lo que implica de cambio de guardería y, en el futuro, de centro escolar (SAP Palmas de Gran Canaria, de 22 de septiembre de 2015, Rec. 232/2015).

B. La conflictividad en la pareja

Se ha tenido en cuenta en 24 ocasiones.

- La falta de comunicación mínima entre los progenitores no permite concluir que la custodia compartida sea beneficiosa para los menores (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 31 de mayo de 2013, Rec. 567/2012).

- La conflictividad afecta a la hija y se manifiesta en las numerosas denuncias penales cruzadas y en que el propio apelante admitió en los procesos penales que tenía bloqueados los números de su ex mujer para no comunicarse verbalmente con ella (SAP Palmas de Gran Canaria, de 15 de diciembre de 2014, Rec. 304/2014). También sobre la existencia de denuncias cruzadas, SAP Santa Cruz de Tenerife, de 21 de octubre de 2014, Rec. 546/2013; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 17 de septiembre de 2015, Rec. 402/2014.

- La relación entre los progenitores es mala hasta el punto de que el padre ha sido condenado por injurias a su pareja (SAP Las Palmas de Gran Canaria, de 6 de abril de 2015, Rec. 784/2014)

- La conflictividad afecta también a la hija, y se manifiesta en denuncias ante la Guardia Civil por discusiones mantenidas no sólo entre los litigantes sino con la implicación de la pareja sentimental (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 4 de diciembre de 2013, Rec. 852/2012).

- La conflictividad entre las 2 progenitoras se manifiesta en el hecho de que los profesores deben reunirse por separado con cada una de ellas para tratar de los temas del menor (SAP Palmas de Gran Canaria, de 13 de septiembre de 2013, Rec. 18/2013).

- Las Audiencias abordan el problema de la creación artificiosa de una situación de conflictividad, que no impiden a las sentencias reconocer la custodia

compartida, siendo un indicio de dicha artificiosidad el que no haya prosperado ni una sola de las denuncias presentadas por la madre, ni tampoco la solicitud de orden de alejamiento (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 2 de septiembre de 2013, Rec. 327/2012; SAP Palmas de Gran Canaria, de 3 de junio de 2014, Rec. 550/2013; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 28 de mayo de 2015, Rec. 248/2014 –la denuncia interpuesta por la recurrente ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer ha sido sobreseída provisionalmente en relación al delito de violencia de género que se imputaba al padre del menor, con informe favorable del Ministerio Fiscal, por no quedar acreditados los hechos denunciados). En la SAP Palmas de Gran Canaria de 9 de julio de 2014 (Rec.931/2013) la Sala no considera que la conflictividad entre los cónyuges suponga imposibilidad de colaboración en la responsabilidad parental, ya que advierte signos de sobreactuación de la madre ,como revela la obstaculización al cumplimiento de las medidas definitivas sobre uso de domicilio, retirada de enseres personales, y cumplimiento de las visitas, que ha mostrado en la ejecución de la sentencia de primer grado, y que han llevado a que se dicten en su contra multas coercitivas y requerimientos de ejecución forzosa, según resulta de las resoluciones judiciales aportadas por el apelado en segunda instancia, como el auto de 31/3/2014 y la sentencia de 3/12/2013 que atribuye al padre la facultad de decidir sobre elección del centro escolar, al haber cambiado la madre sin autorización alguna a los menores de su anterior centro. Lógicamente, si esa sobreactuación no fuera tal sino una real y contumaz resistencia a la aceptación de las resoluciones judiciales y al cumplimiento del sistema de guarda, lo que estaría en juego no es la custodia compartida sino la propia corresponsabilidad parental de la madre. Recuerda la SAP Palmas de Gran Canaria, de 4 de junio de 2014 (Rec. 928/2013) que es un fraude de ley que se provoque un ambiente de confrontación entre los progenitores durante el pleito para evitar que se fije un régimen de guarda y custodia compartida.

- Sin embargo, en la SAP Palmas de Gran Canaria, de 21 de julio de 2015 (Rec. 252/2016) es un factor decisivo para denegar la custodia compartida la tensión entre los miembros de la pareja, manifestada en el hecho de que la madre llegara a poner denuncia ante los juzgados de violencia de género que, posteriormente, retiró.

- Las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor, lo que no sucede en el caso abordado en la SAP Palmas de Gran Canaria de 24 de julio de 2013 (Rec. 1123/2012) donde la Sala concluye que los progenitores deben esforzarse por normalizar su relación interparental por el bien de su hija, más teniendo en cuenta que por su necesidad de atención especial –tiene síndrome de Down- que precisará toda su vida, ambos han de adaptarse al sistema más propicio para ella. Tampoco se considera que perjudique a los menores en la SAP Palmas de Gran Canaria, de 3 de junio de 2014 (Rec. 550/2013) que estima que se ha demostrado sobradamente el interés e implicación del recurrente con su hijo así como sus dotes para ejercer su función parental en beneficio del menor, hecho éste que incluso fue admitido por la propia madre apelada y los testigos que han depuesto afirmando que D. Carlos Daniel es un buen padre; por lo que, en este caso, existan o no malas

relaciones personales entre los progenitores, éstas no influyen negativamente sobre la relación paterno filial ni deben afectarla, menos cuando del informe psicológico de competencia parental aportado por el actor (f. 477ss, no desvirtuado en autos, aunque la psicóloga informante no valoró a la madre) resulta que el apelante cuenta con actitudes y habilidades para realizar un cuidado afectivo y responsable de las personas a su cargo, tiene un estilo educativo predominantemente asertivo y facilidad para dar instrucciones a su hijo, guiarlo y ponerle límites de manera cariñosa y afirmativa, apoyándolo de manera optimista y alegre, ofreciéndole experiencias educativas, fijándose en sus progresos, participando en la creación de hábitos (alimentación, sueño, ocio) -entre otras habilidades-, a lo que se añade la relación fluida, espontánea y positiva observada por la psicóloga entre padre e hijo así como con la actual pareja de éste, mostrando ambos una actitud de "paciencia activa" que genera confianza en el niño y crea un clima positivo y afectuoso a su alrededor" (en el mismo sentido, SAP Palmas de Gran Canaria, de 11 de febrero de 2014, Rec. 841/2013, que da importancia a otros indicadores que son favorables a la guarda conjunta o alterna, tales como la cercanía de los domicilios, los ingresos regulares de ambos padres, el estilo educativo, la buena relación con los menores.

- Resulta habitual la referencia a una situación de "conflictividad" en la pareja, pero sin que se concrete el nivel de falta de comunicación y cómo está afectando a los hijos. Sirva de muestra la SAP Santa Cruz de Tenerife, de 4 de junio de 2015 (Rec. 157/2014) que concedió la custodia exclusiva a la madre, con base en la mala relación entre los progenitores, pese a declarar que el sistema de custodia compartida era el más idóneo. Esta sentencia fue casada por STS 369/2016, de 3 de junio de 2016 (Rec. 2534/2015) destaca que, como informó el Ministerio Fiscal, la falta de comunicación no constaba que superara el habitual en las crisis familiares, ni resultaba la existencia de una conflictividad anormal. Por otro lado, del informe psicológico practicado por la perito judicial se deducía lo siguiente: 1. La madre reconocía que él era un buen padre y que no le preocupaba cuando el niño estaba con su progenitor. 2. El menor sabía que ambos progenitores lo querían y estaba cómodo con ambos. 3. Ambos progenitores eran aptos para la educación de su hijo. El Tribunal Supremo reprocha a la AP que en la sentencia recurrida no se concretara el nivel de falta de comunicación, ni porqué atribuía la custodia a la madre ante dicha falta de comunicación, y no al padre. La falta de diálogo, que no constaba, en este caso, que llegara al extremo de conflicto, no debe ser causa directa para la atribución de la custodia a la madre o al padre, dado que se habrá de concretar la motivación de la decisión.

C. Informe psicosocial

Se ha tenido en cuenta en 22 ocasiones.

- Resulta determinante para el reconocimiento de la custodia compartida, cuando es favorable (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 10 de junio de 2013, Rec. 523/2012; SAP Palmas de Gran Canaria, de 5 de diciembre de 2013, Rec. 239/2013; (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 7 de octubre de 2013, Rec. 126/2012; SAP Palmas de Gran Canaria, de 24 de julio de 2013, Rec.

1123/2012 –se da la circunstancia de que la menor tenía síndrome de Down-; SAP Santa Cruz de Tenerife de 2014, Rec. 579/2013; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 22 de octubre de 2014, Rec. 543/2013) o para denegarla, cuando es desfavorable (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 4 de diciembre de 2013, Rec. 852/2012; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 21 de octubre de 2014, Rec. 546/2013; "-; SAP Santa Cruz de Tenerife de 7 de octubre de 2014, Rec. 353/2013; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 30 de septiembre de 2014, Rec. 490/2013 –en este caso fue el propio padre quien propuso el informe del Gabinete psicosocial-; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 4 de junio de 2015, Rec. 157/2014⁹⁴).

- La inexistencia del informe psicosocial favorable a la custodia compartida no aconseja concederla, sobre todo cuando la parte que la solicita se aquietó, por no proponerlo en apelación a la denegación de la prueba del gabinete psicosocial que hizo el juez *a quo* (SAP Palmas de Gran Canaria, de 13 de septiembre de 2013, Rec. 18/2013). La inexistencia del informe psicosocial, que el padre solicitante de la custodia compartida no pidió, provoca que no haya quedado probado que sólo a través de este tipo de medida se protege el interés de la menor (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 10 de abril de 2014, Rec. 294/2013 –esta sentencia procede de la sección 1, que considera la custodia compartida como algo excepcional-). También sobre la inexistencia de informes, no practicados en ninguna de las instancias, favorables a la custodia compartida, (SAP Santa Cruz de Tenerife de 11 de marzo de 2015, Rec. 6/2014; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 8 de abril de 2015, Rec. 46/2014; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 1 de julio de 2015, Rec. 263/2014).

- En alguna ocasión, la Sala adopta su decisión, a favor de la custodia compartida, en contra del dictamen del equipo psicosocial, al considerar que si bien las relaciones entre los cónyuges no son buenas, este criterio no impide el sistema de guarda compartida cuando se aprecian elementos objetivos que permiten una corresponsabilidad real de los padres en el cuidado de los hijos: proximidad de los domicilios, implicación de ambos en el seguimiento escolar de los hijos, cumplimiento de los padres de los deberes con sus hijos, deseo manifestado por los padres, facilitación de la vida laboral de la madre. (SAP Palmas de Gran Canaria de 9 de julio de 2014 (Rec.931/2013).

- El informe psicosocial no se solicita de oficio por la Audiencia por no estimarse necesario, ya que los progenitores son personas con perfiles similares en cuanto a edad, titulación académica y responsabilidad en la atención de los dos menores, residiendo ambos en Puerto del Rosario lo que implica que los menores no van a sufrir ningún desapego en su entorno familiar, escolar o social. No se precisa ni siquiera de oficio la práctica del referido informe, aun cuando el Ministerio Fiscal haya interesado en su informe final que se mantuviese el régimen de guarda y custodia exclusiva a favor de la madre con ampliación de visitas para el padre, pues no existe ninguna prueba en autos que acredite que el interés superior de los menores se proteja más con la atribución exclusiva de su guarda y custodia a la madre que con la

⁹⁴ Sin embargo, el informe psicosocial fue interpretado de forma distinta por el TS en sentencia de 3 de junio de 2016 (Rec. 2534/2015)

fijación de un régimen de guarda y custodia compartida como el fijado en la sentencia apelada. (SAP Palmas de Gran Canaria, de 4 de junio de 2014, Rec. 928/2013). En la misma sentencia, frente a la alegación de la apelante de que no existía ningún informe psicosocial que explorando a los menores y a los progenitores recomendara un régimen de guarda y custodia compartida, la Sala indica que si tan necesario veía dicho informe la parte apelante no se entiende que no hubiese pedido su práctica ni en primera instancia ni en la alzada, máxime cuando el artículo 92 del Código Civil no lo impone para acodar un régimen de guarda y custodia compartida al ser un facultad discrecional del Juez en atención a las concretas circunstancias de cada caso.

Las causas más frecuentes por las que el informe es desfavorable son:

- la conflictividad de la pareja (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 21 de octubre de 2014, Rec. 546/2013).

D. La opinión del menor

Se ha tenido en cuenta en 13 ocasiones.

- Resulta determinante la opinión manifestada por los menores en la exploración judicial, en contra de la custodia compartida, siendo perfectamente correcto atender al resultado de la exploración, por ser razón de la norma contenida en el art. 92 del Código Civil que ordena oír a los hijos para la adopción de esas medidas, tanto por la voluntad expresada como por la edad de los menores, a la sazón, de 11 y 9 años, ya en perfecto uso de razón (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 16 de julio de 2013, Rec. 580/2012). También es un indicador muy importante la opinión de la menor manifestada cuando fue examinada en el seno del dictamen pericial, en contra del sistema de guarda y custodia compartida (SAP Palmas de Gran Canaria, de 15 de diciembre de 2014, Rec. 304/2014).

- En la SAP Santa Cruz de Tenerife, de 25 de marzo de 2015, Rec. 33/2014, es la hija mayor (de 17 años), la que manifiesta su deseo de vivir con su madre: "No parece conveniente un régimen de custodia compartida cuando de las dos hermanas la mayor, con una edad en la que ya debe primar su opinión, manifiesta querer vivir con su madre siendo suficientemente ilustrativo el resultado de su exploración".

- En el caso de un menor de 7 años, si bien el deseo de un menor de tan corta edad, no puede ser decisivo para resolver sobre la medida fundamental de guarda y custodia, sí que resulta clarificadora de que el menor demanda estar más tiempo con su padre y de su excelente relación con él, por lo que puede ser un elemento propicio más a tener en cuenta para fijar el régimen ideal de guarda y custodia compartida (SAP Palmas de Gran Canaria, de 4 de junio de 2014, Rec. 928/2013).

E. La edad del menor

Se ha tenido en cuenta en 9 ocasiones.

- La corta edad del hijo menor no es un argumento en contra, pues María Consuelo tiene ya casi cuatro años, y Justiniano tiene casi seis años-. (SAP Palmas de Gran Canaria, de 11 de febrero de 2014, Rec. 841/2013). Sin embargo, en dos SSAP Santa Cruz de Tenerife, de 8 de abril de 2015, Rec. 46/2014 y Rec. 43/2014, la edad de 2 y 4 años, respectivamente, sí se ve como un factor determinante, junto con el hecho de que desde la ruptura hayan permanecido con la madre, para denegar la custodia compartida.

- La escasa edad de la menor (tenía 1 año cuando se dictó auto de medidas provisionales) aconseja que se mantenga bajo la custodia exclusiva de la madre (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 30 de septiembre de 2014, Rec. 490/2013). En el mismo sentido SAP Santa Cruz de Tenerife, de 1 de julio de 2015, (Rec. 263/2014) donde la menor tiene 2 años cuando recae sentencia en procedimiento de guarda y custodia, pero permanecía con la madre desde los 10 meses. Considera la Sala que “a esta edad no se considera en absoluto beneficioso para la menor proceder a un cambio de custodia, ni aún compartida. Es hecho notorio la necesidad de estabilidad emocional de los menores que se acrecienta a estas edades, a lo que debe unirse que ninguna prueba pericial acredita la conveniencia de este régimen de custodia. Con el correcto funcionamiento del régimen de visitas, sobre el que posteriormente se incidirá, se logrará un desarrollo normal de las relaciones paterno filiales de forma que, con el natural crecimiento de la menor, pueda en su caso volver a plantearse la cuestión por el oportuno procedimiento de modificación de medidas”.

F. El informe del Ministerio Fiscal

Se ha tenido en cuenta en 16 ocasiones.

No es un factor decisivo y se recuerda que no tiene carácter vinculante (SAP Las Palmas de Gran Canaria de 3 de octubre de 2014, Rec. 228/2014). Se tiene en cuenta, junto con el resto del material probatorio, para reforzar la decisión de reconocer la custodia compartida (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 21 de mayo de 2013, Rec. 514/2012; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 28 de mayo de 2015, Rec. 248/2014; SAP Palmas de Gran Canaria, de 16 de octubre de 2015, Rec. 115/2015) o de denegarla (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 24 de enero de 2014, Rec. 67/2013 – “la mejor prueba de que el público Ministerio no habría informado a favor de la custodia compartida es que se ha opuesto al recurso del apelante”-; SAP Santa Cruz de Tenerife de 7 de octubre de 2014, Rec. 353/2013; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 30 de septiembre de 2014, Rec. 490/2013; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 24 de septiembre de 2014, Rec. 413/2013; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 25 de marzo de 2015, Rec. 33/2014).

G. Posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral

No se ha tenido en cuenta en 8 ocasiones.

- Respecto al recurso a cuidadores, resulta preferente la atención por el otro progenitor. Así, en la SAP de Palmas de Gran Canaria, de 24 de julio de 2013

(Rec. 1123/2012) la Sala concluye que el régimen de custodia compartida, que sí se reconoce, debe ajustarse a la disponibilidad horaria de cada uno, sin necesidad de acudir a otras personas del entorno cuando el otro progenitor puede asumir perfectamente atender a la menor contando con las habilidades parentales necesarias para ello. No se entiende por qué dice la madre que el hecho de ser atendida de forma alterna por el padre puede causar confusión y desorientación en la menor pues de hecho la niña, cuando la madre trabaja de noche, ha venido siendo atendida por su abuela materna o su hermana mayor, que residen en distintos domicilios al de la madre, sin que alcance a entender este Tribunal por qué en ese caso estima la recurrente que no hay perjuicio y sí, por contra, cuando la atención en esas mismas circunstancias se encomienda al padre. En algunas ocasiones, el progenitor contrario a la custodia compartida incurre en contradicción, como lo pone de manifiesto la Sala, ya que objeta la necesidad del padre de acudir a cuidadores externos, como puede ser la abuela paterna, cuando la misma apelante en la propia demanda alude a que contará con su madre para atender a sus hijos en el régimen de custodia exclusiva (SAP Palmas de Gran Canaria, de 4 de junio de 2014, Rec. 928/2013). En el caso enjuiciado en la SAP Palmas de Gran Canaria, de 11 de febrero de 2014 (Rec. 841/2013) la madre llegó a abandonar el domicilio familiar para trasladarse con los hijos a vivir con la abuela materna, para que le ayudara en el cuidado de éstos. Considera la Sala que no es un cambio intrascendente, como pretende la apelante, ya que demuestra que la ayuda de la abuela materna se ha incrementado, hasta el punto de que la madre considera -y ello no fue así reflejado en el convenio regulador de 2011- que es necesario que ella misma y sus hijos pernocten en el domicilio de la abuela, para que ésta se haga cargo, los días que ella tiene turno laboral incompatible, de llevar los hijos al colegio. Pero esta función también puede ser desarrollada por el padre, colaborando a la custodia materna de forma alterna, en vez de recaer siempre sobre la abuela, primando con ello, como ha de ser por ser cotitulares de la patria potestad y de su ejercicio, que los propios padres asuman el cuidado de los hijos, sin perjuicio de que la abuela materna lo haga en el período que le corresponde. La SAP Santa Cruz de Tenerife de 7 de octubre de 2014 (Rec. 353/2013), señala como uno de los factores determinantes para no reconocer la custodia compartida que por los horarios del padre, la niña tendría que permanecer la mayor parte del tiempo al cuidado de su abuela paterna. En alguna ocasión, el padre podría solicitar el cambio de horarios para poder estar por las tardes con los hijos. El que no lo haga y se limite a alegar que va a contar con el apoyo de los abuelos, revela su falta de interés en la custodia compartida, ya que “una verdadera custodia compartida supone no un mero reparto del tiempo de custodia, sino una implicación en la vela de los hijos, y en este caso no existe intento alguno de conseguir la conciliación de la vida laboral, sino un aquietamiento a un sistema de guarda que en realidad supondría el reparto de la guarda de los hijos entre la madre y los abuelos, no entre la madre y el padre.” El interés real del padre es ahorrar gastos por medio de la custodia compartida (SAP Las Palmas de Gran Canaria, de 6 de abril de 2015, Rec. 784/2014)

- Se valora positivamente que el trabajo del padre, con turnos alternos de mañana y tarde, le permiten organizarse, por lo que no impide el cuidado del

menor en lo que estará auxiliado por los abuelos paternos (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 11 de marzo de 2015, Rec. 755/2013).

- Interesa destacar la SAP Palmas de Gran Canaria de 9 de julio de 2014 (Rec.931/2013), porque considera que la custodia compartida facilitará la conciliación de la vida familiar y laboral de la madre.

- Pese a que se podría acceder perfectamente a un sistema de custodia compartida, existen en la actualidad dos grandes escollos: la distancia entre domicilios y los horarios del padre, que trabaja de 8 a 15 h, mientras que la madre, al trabajar en una escuela infantil, tiene horario coincidente con el escolar (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 4 de junio de 2015, Rec. 295/2014).

H. La existencia de la figura de un “cuidador principal” durante la convivencia

Se ha tenido en cuenta en 4 ocasiones.

- Para la SAP Palmas de Gran Canaria, de 16 de octubre de 2015 (Rec. 115/2015) los indicadores son favorables a la custodia compartida, con independencia de que haya existido una práctica previa de mayor cuidado de los hijos por la madre: Implicación de ambos en el seguimiento escolar de los hijos y cumplimiento de los padres de los deberes para con sus hijos.

- La custodia alterna por semanas no es una buena fórmula para conllevar en el futuro la corresponsabilidad paterna, pues se trata de un tipo de cuidado de los hijos que no ha existido en la relación convivencial ni postconvivencial de los padres, ya que tanto antes como después de la separación los niños, ahora de 8 y 11 años, han estado siempre más tiempo con el padre (SAP Palmas de Gran Canaria, de 6 de julio de 2015, Rec. 154/2015).

I. Aportación de plan de parentalidad

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

- Hace referencia a la falta de aportación del plan de parentalidad, como un indicador más para no reconocer la custodia compartida la SAP Santa Cruz de Tenerife, de 20 de octubre de 2014, Rec. 640/2013.

J. Mantenimiento del *status quo*

Se ha tenido en cuenta en 30 ocasiones.

La mayoría de las sentencias que consideran este factor como esencial, realmente no analizan la necesidad o no de la custodia compartida, sino que se limitan a valorar las ventajas del mantenimiento del *status quo*:

- Se mantiene el régimen de custodia exclusiva para la madre, por ser el que se desarrolló desde la separación de los padres y se acordó posteriormente en el auto de medidas provisionales, bien por el juez, bien con el acuerdo de ambos

progenitores, y aquélla se ha desarrollado adecuadamente (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 31 de mayo de 2013, Rec. 570/2012; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 13 de noviembre de 2013, Rec. 798/2012; SAP Palmas de Gran Canaria, de 30 de abril de 2014, Rec. 61/2013; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 21 de octubre de 2014, Rec. 546/2013; SAP Palmas de Gran Canaria, de 3 de octubre de 2014, Rec. 228/2014; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 25 de marzo de 2015, Rec. 33/2014-; SAP Palmas de Gran Canaria de 5 de marzo de 2015, Rec. 19/2014; SAP Las Palmas de Gran Canaria, de 5 de marzo de 2015, Rec. 19/2014⁹⁵) o se acordó en el convenio regulador, aun cuando, tras haber sido firmado por el padre, posteriormente lo rechazara en sede judicial por su disconformidad con la cuantía de la pensión de alimentos fijada en él (SAP Palmas de Gran Canaria, de 15 de diciembre de 2014, Rec. 304/2014). Excepcionalmente, en la SAP Santa Cruz de Tenerife, de 17 de septiembre de 2015, Rec. 402/2014, si bien desde la separación la menor convivía con la madre, esta situación cambió cuando el padre denunció a la madre por presuntos malos tratos, pasando a convivir con el padre, situación que ratifica la sentencia recaída en el proceso de divorcio (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 17 de septiembre de 2015, Rec. 402/2014). En la SAP Santa Cruz de Tenerife, de 13 de diciembre de 2013 (Rec. 860/2012) resulta más claro el peso de este factor: “es elemento decisivo de convicción el desarrollo de hecho de la custodia por la madre desde que tuvo lugar la ruptura de la pareja, lo que es elemento de juicio suficiente en este caso para justificar la atribución, cuando falta el acuerdo de los progenitores”. Habiendo funcionado bien la custodia exclusiva de la madre, corresponde, según la Sala, al padre probar la conveniencia del cambio de régimen (en los mismos términos se expresa la SAP Santa Cruz de Tenerife de 16 de julio de 2013, Rec.589/2012, y volvemos a encontrar los mismos argumentos en un procedimiento de modificación de medidas definitiva SAP Santa Cruz de Tenerife, de 16 de julio de 2013, Rec. 580/2012). En algunos casos el proceso de divorcio se ha dilatado tanto en el tiempo -6 años- que los menores sólo han conocido la custodia exclusiva de la madre y cuando recae la sentencia de divorcio están próximos a la mayoría de edad, por lo que no tiene sentido el cambio a la custodia compartida (SAP Santa Cruz de Tenerife de 15 de abril de 2015, Rec. 83/2014).

- En los procedimientos de guarda y custodia, donde habitualmente no existen medidas provisionales, suele resultar determinante la forma en que de hecho se ejerció la custodia desde la ruptura de la pareja. En la mayoría de los casos analizados los menores permanecen con la madre, situación que se confirma en el proceso judicial posterior (SAP de 16 de abril de 2014, Rec. 24/2013 –la menor nació en 2007, y desde el 2009, cuando el padre se va a la Academia de Suboficiales a la península y se rompe después la relación, vive bajo la custodia materna. En el mismo sentido, SAP Santa Cruz de Tenerife, de 16 de

⁹⁵ Ha sido casada por STS de 16 de septiembre de 2016 (Rec. 1628/2015) que considera que “no es determinante ni concluyente que el padre accediese a la custodia de la madre, en medidas provisionales, pues ello es una mera medida cautelar, que se conviene por la premura de la situación, sin perjuicio de lo cual en la contestación a la demanda planteó la custodia compartida. Que haya funcionado correctamente la custodia a favor de la madre no significa que ello desaconseje la custodia compartida, máxime cuando se acordó en la instancia un sistema de visitas amplísimo, que también se ha desarrollado correctamente, lo que viene a reforzar la posibilidad de adoptar el sistema de custodia compartida, el cual expresamente acordamos”.

diciembre de 2014, Rec. 723/2013; SAP Palmas de Gran Canaria, de 15 de diciembre de 2014, Rec. 304/2014; SAP Santa Cruz de Tenerife de 7 de octubre de 2014, Rec. 353/2013; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 30 de septiembre de 2014, Rec. 490/2013; SAP Santa Cruz de Tenerife de 11 de marzo de 2015, Rec. 6/2014; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 8 de abril de 2015, Rec. 46/2014; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 8 de abril de 2015, Rec. 43/2014; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 15 de octubre de 2015, Rec. 513/2014). En la SAP Santa Cruz de Tenerife, de 13 de enero de 2015 (Rec. 733/2013) a la circunstancia de que la niña desde la separación, momento en el que tenía 2 años, ha permanecido con la madre, sin apenas contacto con el padre, justifica que no se reconozca la custodia compartida. Como excepción, en los casos analizados en las SSAP Santa Cruz de Tenerife, de 24 de septiembre de 2014 (Rec. 413/2013) y 29 de abril de 2015 (Rec. 119/2014), la custodia de facto desde la separación la tenía el padre y es la que se acuerda en el proceso de guarda y custodia, tanto en la primera instancia, como en la AP.

- Cuando el padre aceptó en medidas provisionales o en el convenio regulador la custodia exclusiva para la madre, la posterior solicitud de custodia compartida en el proceso de divorcio, se estudia como si fuera un proceso de modificación de medidas definitivas, debiendo probar que se han producido alteraciones de las circunstancias tenidas en cuenta previamente. Por ejemplo, en la SAP Palmas de Gran Canaria de 5 de marzo de 2015 (Rec. 19/2014) se dice que: “al no haber cambiado ninguna de las circunstancias que en su día se tuvieron presentes para acordar el régimen de guarda ahora objeto de recurso (al menos no se alegan otras distintas, salvo la del deseo del menor, de las existentes al dictado del auto de Medidas Previas) y que el menor ya se encuentra adaptado satisfactoriamente a la guarda materna -de hecho el apelante señala que el régimen acordado no perjudica a menor - nos llevan a la desestimación del motivo pues entendemos que con el actual régimen”.

- El mantenimiento del status quo en ocasiones favorece el reconocimiento de la custodia compartida, por ser el que de facto existía desde la separación de la pareja (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 7 de octubre de 2013, Rec. 126/2012; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 28 de mayo de 2015, Rec. 248/2014; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 3 de junio de 2015, Rec. 190/2014 –“no se trata de detallar el número de horas exacto que podían pasar con uno u otro pues es indiferente; lo verdaderamente esencial es que durante un tiempo prolongado de tiempo los menores han convivido con ambos progenitores, en un sistema de alternancia cuyos resultados han sido satisfactorios”) o el que acordaron en medidas provisionales (SAP Palmas de Gran Canaria, de 16 de octubre de 2015, Rec. 115/2015). La situación posterior a la ruptura, con convivencia alterna con ambos progenitores, tiene tanto peso que en la SAP Palmas de Gran Canaria, de 5 de diciembre de 2013 (Rec. 239/2013), pese a que la sentencia del Juzgado de 1ª instancia número 1 de Teide, había reconocido la custodia exclusiva al padre, por los problemas de alcoholemia de la madre, la Audiencia Provincial vuelve a reconocer la custodia compartida, basándose en los buenos informes del equipo psicosocial y del colegio y porque no se puede “obviar el hecho de que de común acuerdo, y pese a conocer el demandado los problemas que presentaba la actora [de alcoholemia) tal y como declaró a la

policía (documento al folio 63) desde la separación cada semana cada uno de los progenitores se hacía cargo del menor, y que la petición de custodia exclusiva es realizada por el padre a raíz de la demanda presentada por la madre”.

K. Existencia de facto de un régimen de custodia compartida.

Se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones.

Cuando la situación ha evolucionado de facto hacia un régimen de custodia exclusiva con régimen amplio de visitas, las sentencias analizan la conveniencia de cambiar el nombre:

- El régimen de facto de custodia monoparental para la madre con un amplio régimen de visitas para el padre ha funcionado, no habiendo motivo para cambiar a un régimen de custodia compartida. No se llega a probar que sólo con la guarda compartida, se protege adecuadamente el interés superior de la misma (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 10 de abril de 2014, Rec. 294/2013).

- Los nombres son importantes, y más en estas materias. No se puede confundir -según se ha expuesto- corresponsabilidad total con *ius uisitandi* extenso (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 20 de octubre de 2014, Rec. 640/2013).

L. Error en el *petitum*:

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

M. Es un procedimiento de modificación de medidas definitivas ¿existe variación sustancial de las circunstancias?

Se ha tenido en cuenta en 18 ocasiones.

- No se puede equiparar un régimen de visitas amplio de hecho, con el cambio de custodia (SAP Santa Cruz de Tenerife de 16 de julio de 2013, Rec. 580/2012). En sentido contrario, la SAP Palmas de Gran Canaria de 11 de julio de 2014, Rec. 730/2013, donde existía *de facto* una custodia compartida, que era aceptada por el hijo y por la madre. Lo que la madre no aceptaba es que a esa situación se la llamara “custodia compartida”, pero con ello, como dice la propia sentencia “revela claramente, contrariamente a lo que sostenía en su recurso, que no prevalecía en su pretensión el interés del niño ni su estabilidad, sino el suyo propio y su particular visión de las circunstancias. En sentido contrario, en la SAP Palmas de Gran Canaria, de 24 de abril de 2015 (Rec. 787/2014, la Sala valora en favor de la custodia compartida el que ya desde que se produjo la última modificación de medidas se hubiera ampliado el régimen de visitas y que, incluso, se hubiera producido un aumento progresivo extrajudicial de las comunicaciones de la menor con el padre

- Se valora el tiempo transcurrido desde el proceso anterior. Se considera escaso el paso de 9 meses desde que la sentencia de divorcio por mutuo

acuerdo aprobó el convenio regulador que reconocía la custodia exclusiva a una de las progenitoras (SAP Palmas de Gran Canaria, de 13 de septiembre de 2013, Rec. 18/2013). De “sólo unos meses antes” se habla en la SAP Santa Cruz de Tenerife, de 14 de mayo de 2014 (Rec. 123/2013).

- Respecto del deseo manifestado por la menor de estar más tiempo con ambos progenitores, ello no ampara la petición de modificación; que la menor desee estar con sus dos progenitores es lo normal, pero ello no significa que se haya producido una alteración sustancial de circunstancias que pueda concluir modificar un sistema de guarda y custodia, vuelve a repetirse, adoptado por los dos progenitores meses antes sin que conste en nada beneficie a la menor (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 14 de mayo de 2014 (Rec. 123/2013). El deseo de los menores no puede, por si solo justificar el cambio pretendido pues no se puede confundir deseo con el interés de éstos y en el presente caso ni siquiera se alega cual es el motivo por el que "desean los hijos" querer irse a vivir con el padre salvo que éste sea (es el único que se alega) por que la madre no les trata bien y les regaña continuamente pues, por un lado, como expresa la sentencia de instancia, el apelante no cree dichas alegaciones y, por otro lado, si ciertamente la madre no tratara bien a los menores no se explica como defiende en el presente recurso una custodia compartida, obviando su pretensión subsidiaria de que se estableciera una guarda exclusiva en su persona (SAP Palmas de Gran Canaria, de 10 de septiembre de 2014, Rec. 67/2013). Sin embargo, en la SAP Palmas de Gran Canaria, de 24 de abril de 2015 (Rec. 787/2014) es determinante el deseo manifestado por la menor en la exploración judicial, de 12 años de edad, de estar más tiempo con su padre y con sus nuevos hermanos –“el deseo de la menor de pasar más tiempo con su padre sea simplemente materialista, esté mediatizado o que la menor no tenga suficiente madurez para exponer las razones de dicho cambio”.-

- El abandono del domicilio familiar por la madre que tenía la custodia exclusiva, para mudarse con los hijos a la casa de la abuela materna, para que le ayude en el cuidado de éstos, por su problema de horarios, es un cambio trascendente que justifica el cambio a la custodia compartida, ya que revela que la opción por la guarda materna como mejor modo de cuidar a los hijos menores, dadas las nuevas circunstancias, se demuestra peor sistema de guarda que el de la guarda compartida (SAP Palmas de Gran Canaria, de 11 de febrero de 2014, Rec. 841/2013).

- Interesa destacar la SAP Santa Cruz de Tenerife de 2 de septiembre de 2013 (Rec. 327/2012) ya que no sólo considera que el cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo es un dato relevante para que se produzca una modificación de medidas definitivas, sino que llega a decir que el no admitirlo podría ser discriminatorio: “la exigencia rígida de una alteración de circunstancias impide aplicar los nuevos criterios jurisprudenciales a los progenitores que ya tenían medidas de custodia exclusiva o no compartida, con lo que sólo quedarían como beneficiarios de esta nueva tendencia los padres que se hubieran divorciado o separado tras esta nueva doctrina, marginando a los otros de suerte que esta discriminación entre unos padres y otros, impidiendo a unos la aplicación de una nueva línea jurisprudencial simplemente porque ésta no existía cuando se fijaron las condiciones de la separación,

divorcio o ruptura, implicaría una **discriminación no razonable** en los términos de la jurisprudencia constitucional (TCo. 171/89 , entre tantas), teniendo en cuenta el relevante hecho de que no opera la cosa juzgada material (art. 222 LECv.) en los procedimientos judiciales de esta clase (arts. 84 y 90.f, penúltimo párrafo, del Código Civil y 775.1 LECv.) cuya naturaleza permite la modificación de las medidas adoptadas.” Sin embargo, en el caso concreto, considera que el principio *in favor filii* no aconseja el cambio a la custodia compartida debido al trastorno psicológico grave del hijo, por lo que no parece conveniente, en aras a favorecer el equilibrio emocional del menor, un cambio en el régimen de guarda y custodia, sino, por el contrario, mantener los hábitos y entorno familiar, más cercano, del menor. No constando informe pericial psicológicos a favor de la custodia compartida, sino sólo el informe de la parte contraria que lo desaconseja totalmente, .procede el mantenimiento de la custodia exclusiva para la madre.

- El hecho de que el progenitor que solicita la custodia compartida tenga hijos de una segunda relación no supone variación ninguna de las circunstancias (SAP Palmas de Gran Canaria, de 30 de enero de 2015, Rec. 604/2014 –de hecho, el padre está incumpliendo el régimen de visitas, porque necesita atender al cuidado de sus dos hijos, ya que la mujer trabaja).

- La actitud obstruccionista de la madre para el cumplimiento del régimen de visitas, supone una alteración sustancial de las circunstancias (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 13 de enero de 2015, Rec. 419/2013).

- El cambio de jurisprudencia no implica un cambio en las circunstancias existentes en el momento en que se produjo el acuerdo de ambos progenitores para que la custodia fuera exclusiva para la madre (SAP Palmas de Gran Canaria, de 30 de enero de 2015, Rec. 604/2014).

N. Interés del solicitante que se infiere de su actuación procesal

- En un caso en el que la madre es quien solicita la custodia compartida, la actuación procesal del padre influye en el reconocimiento de aquella. Así, en la SAP Palmas de Gran Canaria, de 5 de diciembre de 2013 (Rec. 239/2013), basándose, entre otros motivos en que el padre había consentido la custodia compartida de facto tras la separación, pese a conocer los problemas de alcoholemia de la madre, y sólo a raíz de la presentación de la demanda por la madre, fue cuando pidió la custodia exclusiva para él.

- La súbita postulación de la custodia compartida en demanda reconventional, y no en medidas provisionales, parece vinculada a la intención del padre de no abonar alimentos y obtener el uso del domicilio privativo que pertenece a su esposa, como de hecho, en cuanto a la primera parte, viene a reconocer en el recurso de apelación, al señalar que tiene dificultades para pagar alimentos en metálico, pero que dispone de mucho tiempo para cuidar al hijo. Dedicar tiempo al cuidado del hijo es sin duda deseable, pero también lo es allegar recursos económicos para levantar las cargas de su alimentación, a lo que el apelante se muestra escasamente dispuesto (SAP Palmas de Gran Canaria, de 30 de abril de 2014, Rec. 61/2013).

- El hecho de que el padre aceptase en el convenio regulador la custodia exclusiva de la madre, y que sólo solicitara la compartida cuando la madre presentó demanda de divorcio, formulando él reconvencción, se interpreta como falta de interés real del padre (SAP Palmas de Gran Canaria, de 15 de diciembre de 2014, Rec. 304/2014).

- Hay que solicitar la guarda y custodia compartida en el momento procesal oportuno que es en el momento de contestación a la demanda: “el art. 92 exige que exista acuerdo de ambas partes (en su número 5) o a petición de uno de ellas (en el número 8).- Si se observa el escrito de contestación a la demanda la recurrente no interesó en aquel el establecimiento de una custodia compartida, sino que se le atribuye la custodia del menor, y aunque los arts. 753 y 770 de la LEC establecen que se tramitarán por los del Juicio Verbal introducen un trámite de contestación a la demanda por escrito.- Es, por tanto, éste el momento procesal oportuno para que las partes deduzcan oportunamente sus pretensiones, y, en este caso, la solicitud de una custodia compartida, pues de no hacerlo se les puede tener precluido el plazo para ello”. (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 21 de octubre de 2014, Rec. 546/2013; en el mismo sentido, SAP Santa Cruz de Tenerife, de 20 de octubre de 2014, Rec. 640/2013; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 24 de septiembre de 2014, Rec. 413/2013; SAP Santa Cruz de Tenerife de 25 de marzo de 2015, Rec. 138/2014; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 8 de abril de 2015, Rec. 88/2014; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 17 de septiembre de 2015, Rec. 402/2014).

- Quien pide lo más (guarda y custodia exclusiva) no pide lo menos (guarda compartida), ya que se trata de peticiones cualitativamente distintas, claramente diferenciadas, exigiéndose además legalmente que haya petición específica por alguna de las partes del régimen de custodia compartida. Es claro que el planteamiento de la parte no es el mismo si se va a oponer a una petición de guarda y custodia exclusiva del otro progenitor que si se va a oponer, únicamente, o también, a una petición de custodia compartida (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 24 de septiembre de 2014, Rec. 413/2013).

3.13. REGIÓN DE MURCIA

3.13.1. ANÁLISIS CUANTITATIVO

Se han seleccionado 20 sentencias. .

Del examen realizado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª. Procedimientos donde se reconocen la custodia compartida en la Audiencia Provincial: 7 (35%)

- En ambas instancias: 5
- Sólo en la primera instancia: 1
- Sólo en la Audiencia provincial: 1

2ª. No reconocen la custodia compartida: 13 (65%)

3ª. Han sido casadas por el Tribunal Supremo: 0

- El TS dice que sí procede la custodia compartida: 0
- El TS dice que no procedía la custodia compartida: 0

4ª. Han sido confirmadas por el Tribunal Supremo: 1

- El TS confirma que no procede la custodia compartida: 1
- El TS confirma que sí procedía la custodia compartida: 0

5ª. ¿Quién solicita la custodia compartida? Nadie, se discutía la custodia exclusiva y el TS confirma que corresponde a la madre

6ª. ¿En qué procedimientos han recaído?

- Divorcio/separación: 9
- Guarda y custodia/relaciones paterno-filiales: 5
- Modificación de medidas: 6. Se ha reconocido en 3 ocasiones la custodia compartida y, además, en ambas instancias.

7ª. Como se verá a continuación, el factor más determinante es el informe psicosocial, seguido de la práctica de los padres en relación con los menores, anterior a la ruptura (la existencia de un “cuidador principal” durante la convivencia) y de los problemas de conciliación de la vida familiar y laboral.

3.13.2. ANÁLISIS CUALITATIVO

A. La distancia entre domicilios

Se ha tenido en cuenta en 3 ocasiones.

- No puede excluirse la custodia compartida por el hecho de la mayor distancia del domicilio al centro escolar o con el apoyo escolar en horario de comedor (SAP Murcia Sección 5ª de 13 de junio 2013. Nº Rec.: 113/2013)

- La circunstancia de la decisión de la madre de trasladarse a vivir a Alemania, permaneciendo el padre en España, concretamente en Balsapintada-Fuente Álamo, con el consiguiente gran distanciamiento geográfico, claramente, hace inviable un sistema de guarda y custodia compartida (SAP Murcia Sección 5ª de 5 noviembre 2013. Nº Rec. 351/2013).

- El régimen de guarda y custodia compartida se ha acordado teniendo en cuenta (...) la proximidad geográfica de los domicilios (SAP Murcia Sección 4ª de 21 de marzo de 2014. Nº Rec.: 994/2013)

B. La conflictividad en la pareja

Se ha tenido en cuenta en 9 ocasiones.

La cordialidad ayuda a conceder la custodia compartida:

- Los padres delante de los menores son capaces de mantener una relación cordial, se acuerda la custodia compartida cuando en primera instancia se había concedido a la madre (SAP Murcia Sede Cartagena (Sección 5ª) 5 de junio de 2014. Nº Recurso: 466/2013)

- Mantiene la custodia compartida acordada en primera instancia señalando que se ha tenido en cuenta la cordialidad que ha existido hasta ahora entre las partes litigantes (SAP Murcia Sección 4ª de 21 de marzo de 2014. Nº de Recurso 994/2013)

La conflictividad impide conceder la custodia compartida:

- El elevado nivel de conflicto entre los progenitores que incide de manera directa en la menor, con posible defensividad de ésta como reacción a la conflictividad entre sus progenitores y a la dinámica actual, desaconseja la adopción de una custodia compartida (SAP Murcia Sede Cartagena Sección 5ª de 5 de mayo de 2015. Recurso 108/2015)

- Existe una mala relación entre los progenitores, como se desprende de las denuncias interpuestas, alguna de ella por incumplimiento del régimen de visitas. No concede la custodia compartida (SAP Murcia Sección 4 de 3 de enero de 2014. Recurso 734/2013)

- Esta situación conflictiva deriva de la actitud de la familia extensa paterna que se opone a las relaciones entre madre e hija, tratando de impedir las, sin que el padre haga nada para evitarlo. Se atribuye la custodia a la madre. (SAP Murcia Sección 4 de 20 diciembre 2013 Recurso 650/2013)

La falta de comunicación entre los progenitores no es obstáculo para conceder la custodia compartida:

- Mantiene la custodia compartida acordada en primera instancia en procedimiento de modificación de medidas a pesar de que habían surgido determinados problemas relacionados con la guarda y custodia, como son las discrepancias habidas en cuanto a la elección del centro escolar y el régimen de visitas establecido cuando la custodia era exclusiva (SAP Murcia (Sección 4ª) de 24 de abril de 2014. Nº Recurso 134/2014)
- Tampoco la falta de comunicación entre los progenitores es un obstáculo para la custodia compartida en la SAP Murcia Sección 4 Murcia de 16 de octubre de 2014. Recurso 636/2014.

C. Informe psicosocial

Se ha tenido en cuenta en 13 ocasiones.

Hasta la fecha, ha venido siendo prácticamente determinante el contenido del informe a la hora de acordar (SAP Murcia Sede Cartagena. Sección 5 de 5 de junio de 2014. Número de Recurso 466/2013) o mantener la custodia compartida concedida en primera instancia (SAP Murcia Sección 4º de 24 de abril de 2014. Número de Recurso 134/2014) expresando como fundamento de la propuesta de custodia compartida: la relación satisfactoria y vinculación equilibrada de los menores con ambos progenitores (SAP Murcia Sección 5 de 13 de junio 2013. Recurso 113/2013).

También para no acordar la custodia compartida (SAP Murcia de 20 diciembre 2013 Recurso 650/2013)⁹⁶ que puede verse impedida por la falta de independencia del padre para evitar los obstáculos que ponen sus familiares, dada la situación conflictiva que deriva de la actitud de la familia extensa paterna que se opone a las relaciones entre madre e hija.

Solo en la sentencia SAP Murcia Sección 4º de 3 de enero de 2014 Recurso 740/13 no se le hace caso al informe psicosocial pues mantiene la custodia compartida a pesar de que la conclusión del informe realizado por la Psicóloga Forense apostaba por la custodia materna⁹⁷.

La ausencia de informe psicosocial, inclinan a la Audiencia a mantener la custodia de la madre (SAP Murcia Sección 4 de 7 de noviembre 2013. Recurso 848/2012; SAP Murcia Sección 4 Murcia 4 de julio 2013. Recurso 667/2012).

⁹⁶ No se había solicitado la custodia compartida. Si solicito la madre en el recurso de apelación el cambio de custodia que venía ejerciendo el padre. Señala la sentencia de la audiencia que lo mejor para la menor es que la custodia la ejerza la madre, pues su familia extensa no tiene una actitud contraria al contacto de la misma con la otra familia. Confirmada por la STS 251/2015, de 8 de mayo de 2015 (Rec. 309/2014): “El Juez ha valorado la prueba que consta en los autos, incluida la pericial, y ha considerado que lo más adecuado para la hija era dejarla bajo el cuidado de la madre, no siendo el recurso de casación una tercera instancia”

⁹⁷ Señala que “en relación con lo alegado en la conclusión del informe realizado por la Psicóloga Forense, Doña Sara, y en cuanto a la creencia por ésta de que la alternativa materna es las más favorable en el momento presente, hay que indicar que dicha creencia no deja de ser una mera apreciación subjetiva en tanto que no se apoya en datos objetivos que pongan de manifiesto la falta de capacidad del progenitor para ocuparse del cuidado y atención de sus hijos”.

El informe denegatorio se basa en criterios tales como:

- La Psicóloga Sra. Beatriz fue muy clara en la vista del juicio. Al ser preguntada sobre la pernocta de los hijos con el padre, dice que las pernoctas se hacen en la casa de los abuelos paternos (...) y no es beneficiosa para los menores (SAP Sección 5º Murcia Sede Cartagena de 16 de junio de 2015. Número de Recurso 146/2015)⁹⁸.

- En sus conclusiones y por parte de la psicóloga forense Doña Cecilia se recomienda una guarda y custodia materna con un régimen de estancias y comunicaciones paterno, por considerar, como así lo corroboró en el acto del juicio esta perito, que la madre ha sido la cuidadora principal de la menor tanto en el periodo de convivencia como tras la ruptura (SAP Murcia Sección 5º Sede Cartagena de 5 de mayo de 2015. Número de Recurso: 108/2015)

-Pone de relieve una serie de circunstancias que evidencian una superior aptitud de la madre en orden a velar por la guarda y desarrollo de la menor (SAP Murcia Sección 5 de 5 de noviembre 2013. Recurso 351/2013)

-Mantiene la custodia a favor del padre teniendo en cuenta que el propio informe pericial, descarta la existencia del síndrome de alienación parental, que en el mismo se refiere que el padre es idóneo para el cuidado de sus hijos y que se encuentra en situación de desempleo, resultando también acreditado que los padres de D. Faustino y abuelos de los menores viven en las inmediaciones de la vivienda que constituye el domicilio familiar (SAP Murcia Sección 4 de 18 de julio 2013. Recurso 340/2013)

D. La opinión del menor

Se ha tenido en cuenta en 5 ocasiones.

Se tiene en cuenta en la valoración del informe psicosocial y se ha valorado para mantener la custodia compartida si el menor muestra su deseo de relacionarse por igual con ambos progenitores, y además no muestra rechazo por la actual pareja de su padre, muestra afecto y complicidad con la hija de la pareja de su padre (SAP Murcia Sección 4º de 24 de abril de 2014. Número de Recurso 134/2014).

También se tiene en cuenta su petición si se realiza la exploración judicial del menor, manteniéndose el régimen de custodia compartida en primera instancia cuando el propio menor en su exploración en primera instancia manifestó que antes vivía con su padre, que se encontraba a gusto tanto con su padre como

⁹⁸ En realidad el informe no era denegatorio: el informe pericial psicológico elaborado por la Psicóloga Forense del Equipo Psico-Social adscrito al Juzgado de instancia, Doña Beatriz , tanto el Sr. Simón como la Sra., Raimunda presentan capacidades parentales adecuadas y también el "incremento significativo de la implicación por parte del padre en el cuidado de los menores", además "posibilitada por un nivel fluido de comunicación y colaboración entre los progenitores en el cuidado de los menores" y una "conflictividad leve entre ellos".

con su madre y que le gustaría vivir un tiempo con cada uno de los progenitores (SAP Murcia Sección 4^o de 21 de marzo de 2014. Número de Recurso 994/2013)⁹⁹, manifestando este deseo en la exploración (SAP Murcia Sección 5 de 13 de junio 2013. Recurso 113/2013)

Pero la exploración del menor también se ha tenido en cuenta para desestimar la custodia compartida si en la misma la menor (que en el momento de dictarse sentencia tenía 15 años de edad), puso de manifiesto el desinterés de su padre por todo lo relacionado con su cuidado y educación, además de haber sido la madre quien en todo momento se ha encargado de tales tareas (SAP Murcia Sección 4 de 12 de junio de 2014. Recurso 979/2013); o cuando la hija (nacida en 2002) manifestó que tiene buena relación con sus padres, aunque que cree que lo mejor es vivir con su madre (SAP Murcia Sección 4 Murcia 3 de enero de 2014. Recurso 734/2013).

E. La edad del menor

Se ha tenido en cuenta en 3 ocasiones.

Si el menor es de muy corta edad se tiene en cuenta este criterio para atribuir la custodia a la madre: habida cuenta de la edad de la menor, nacida en 2008 (SAP Murcia Sección 4 de 6 marzo de 2014. Recurso 328/2013); la menor tiene seis años de edad y desde noviembre de 2010 está viviendo con su madre (SAP Murcia Sección 4 de julio 2013 Recurso 667/2012).

En los procedimientos de modificación de medidas, el aumento de la edad ha servido para considerar que han variado las circunstancias ya que la hija menor en el momento de la sentencia de divorcio tenía un año y en la actualidad tiene más de cinco años, manteniéndose la custodia compartida acordada en primera instancia (SAP Murcia Sección 4^o de 24 de abril de 2014. Número de Recurso 134/2014).

F. El informe del Ministerio Fiscal

Se ha tenido en cuenta en 8 ocasiones.

No es un factor decisivo, se rechaza su carácter vinculante (SAP Sección 4 de 4 de julio 2013. Recurso 667/2012¹⁰⁰). Se tiene en cuenta, junto con el resto del material probatorio, para reforzar la decisión de no conceder la custodia compartida (SAP Cartagena Sección 5^o de 5 de mayo de 2015. Número de Recurso 108/2015; SAP Murcia Sección 4 de 12 de junio de 2014. Recurso 979/2013; SAP Murcia Sección 4 de 26 de febrero de 2014. Recurso 7/2014; SAP Murcia Sección 4 de 7 de noviembre 2013 Recurso 848/2012; SAP Murcia

⁹⁹ Señala la sentencia que el hecho de que el menor tuviera seis años cuando fue explorado, no es motivo para privar de todo valor a lo manifestado por el mismo, ya que puede tener suficiente juicio para expresar sus sentimientos en cuanto al afecto que tiene con los progenitores y a su deseo de convivir con uno u otro, o con los dos.

¹⁰⁰No acuerda la custodia compartida solicitada por el padre y señala respecto al Ministerio Fiscal: "aunque ya no sea preceptivo su informe favorable, se ha pronunciado positivamente en cuanto a la custodia compartida".

Sección 4 de 18 de julio 2013 Recurso 340/2013) o de reconocerla (SAP Murcia Sede Cartagena. Sección 5 de 5 de junio de 2014. Número de Recurso 466/2013; SAP Murcia Sección 4º de 21 de abril de 2014. Número de Recurso 3/2014).

G. Posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral

Se ha tenido en cuenta en 10 ocasiones.

Se valora de forma muy positiva que ambos progenitores por su trabajo puedan organizarse para atender al menor (SAP Murcia Sección 4º de 24 de abril de 2014. Número de Recurso 134/2014; SAP Murcia Sección 4º de 21 de abril de 2014. Número de Recurso 3/2014; SAP Murcia Sección 4º de 3 de enero de 2014. Número de Recurso 740/13; SAP Murcia Sección 4 de 16 de octubre de 2014. Recurso 636/2014)

Cuando no existe la misma flexibilidad por ambas partes, se valora que la madre tenga más disponibilidad de tiempo, dedicándose el padre en mayor medida a su trabajo, siendo su disponibilidad horaria más reducida, por lo que se mantiene la custodia exclusiva para la madre (SAP Murcia Cartagena Sección 5º de 16 de junio de 2015. Número de Recurso 146/2015; SAP Murcia Cartagena Sección 5º de 5 de mayo de 2015. Número de Recurso 108/2015; SAP Sección 4 Murcia 20 diciembre 2013 Recurso 650/2013).

El recurso a cuidadores, a terceras personas no es obstáculo para conceder la custodia compartida (SAP Murcia Sede Cartagena. Sección 5 de 5 de junio de 2014. Número de Recurso 466/2013). Incluso se valora quien tiene mayor red de apoyo para atribuirle la custodia exclusiva (SAP Murcia Sección 5 de 5 de noviembre 2013. Recurso 351/2013; SAP Murcia Sección 4 de 18 de julio 2013. Recurso 340/2013¹⁰¹).

H. La existencia de la figura de un “cuidador principal” durante la convivencia

Se ha tenido en cuenta en 12 ocasiones.

-Para acordar la custodia compartida se valora:

- Que el menor haya convivido con el padre. En la SAP Murcia Sección 4º de 21 de marzo de 2014. Número de Recurso 994/2013 se mantiene la custodia compartida porque en primera instancia la propia madre admitió que cuando ella trabajaba el niño se quedaba a dormir con la familia de su ex pareja.
- Que ambos progenitores se han preocupado del cuidado y atención de los hijos (SAP Murcia Sección 4º de 3 de enero de 2014. Número de Recurso 740/13) y

¹⁰¹ Señala: “que la madre cuenta en Alemania con red de apoyo primaria formada principalmente por su pareja, la hija mayor y una prima -que es como una hermana-, que también contrasta con la red de apoyo social secundaria y de disponibilidad limitada que presenta el Sr. Constancio , reducida a unos vecinos”

se han implicado en su crianza (SAP Murcia Sección 5 de 13 de junio 2013. Recurso 113/2013)

El hecho de que antes de la ruptura la madre fuera la que de manera casi exclusiva atendiera directamente a los hijos, mientras que el padre se dedicaba a trabajar fuera de la casa, no es por sí un dato suficiente para rechazar la idoneidad de la custodia compartida, pues ello era consecuencia de una distribución de tareas mutuamente aceptada por las partes (SAP Murcia Sección 4 de 16 de octubre de 2014. Recurso 636/2014)

-Para no acordar la custodia compartida se valora:

- La despreocupación del padre, que ni siquiera conocía a la tutora de sus hijos y que normalmente era la madre quien iba al Colegio (SAP Murcia Sección 4 de 12 de junio de 2014. Recurso 979/2013; SAP Sección 4 de 26 de febrero de 2014. Recurso7/2014; SAP Murcia Sección 5 de 5 de noviembre 2013. Recurso 351/2013).
- La desatención del padre, (SAP Murcia Sección 4 de 4 de julio 2013. Recurso 667/2012), pues cuando el menor convivía con su padre, se encontraba totalmente desatendido, ya que el padre no atendía las labores domésticas y se ausentaba del domicilio durante períodos prolongados, siendo la madre la encargada de limpiar la casa y atender las labores del hogar (SAP Murcia Sección 4 de 22 de mayo de 2014. Recurso 807/2013). También el hecho de haber sido la madre quien asumió el cuidado de su hija, antes y después de la ruptura matrimonial (SAP Murcia Sección 4 de 6 marzo de 2014. Recurso 328/2013; SAP Sección 4 de 26 de febrero de 2014. Recurso7/2014) o por lo menos en mayor medida (SAP Murcia Sección 4 de 3 de enero de 2014. Recurso 734/2013; SAP Murcia Sección 5 de 5 de noviembre 2013. Recurso 351/2013)
- El incumplimiento del régimen de visitas (SAP Murcia Sección 4 Murcia de 18 de julio 2013 Recurso 340/2013)

I. Aportación de plan de parentalidad

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

J. Mantenimiento del *status quo*

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 5º de 5 de mayo de 2015. Número de Recurso108/2015) 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.

K. Existencia *de facto* de un régimen de custodia compartida

Se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones.

Se considera que *de facto* ya existe una situación de custodia compartida pues el régimen de visitas, como la misma sentencia apelada apunta, " no dista mucho de un régimen de custodia compartida por semanas, salvo por lo que hace a la pernocta y considera que es necesario dar el nombre jurídico que corresponde, reconociendo la custodia compartida (SAP Murcia Sede Cartagena. Sección 5 de 5 de junio de 2014. Número de Recurso 466/2013)

También se dice que no se quiere cambiar de nombre (pese a existir de hecho una custodia compartida por el amplio régimen de visitas, al haberse atribuido al padre la posibilidad de disfrutar de dos días entre semana, desde la salida del colegio hasta las 21 horas, se está reconociendo tácitamente una custodia compartida.), por las implicaciones que ello tiene respecto de la pensión de alimentos y la vivienda (SAP Murcia Sección 4 Murcia 7 de noviembre 2013. Recurso 848/2012)

L. Error en el *petitum*

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

M. Es un procedimiento de modificación de medidas definitivas ¿existe variación sustancial de las circunstancias?

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

El padre solicita modificación de medidas porque ambas partes han estado de acuerdo en ir flexibilizando el régimen de custodia exclusiva a favor de la madre, con una ampliación del régimen de visitas, y se considera que se ha producido una variación sustancial (SAP Murcia Sección 5 Murcia 13 de junio 2013. Recurso 113/2013)

N. Interés del solicitante que se infiere de su actuación procesal

3.14. MELILLA

3.14.1. ANÁLISIS CUANTITATIVO

Se ha seleccionado 1 sentencia.

Del examen realizado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª. Reconocen la custodia compartida: 1 (100%)

- En ambas instancias: 0
- Sólo en la primera instancia: 0
- Sólo en la Audiencia provincial: 1

2ª. No reconocen la custodia compartida: 0

3ª. Han sido casadas por el Tribunal Supremo: 0

- El TS dice que sí procede la custodia compartida: 0
- El TS dice que no procedía la custodia compartida: 0

4ª. Han sido confirmadas por el Tribunal Supremo: 0

- El TS confirma que no procede la custodia compartida: 0
- El TS confirma que sí procedía la custodia compartida: 0

5ª ¿Quién solicita la custodia compartida? En todos los casos, ha sido el padre.

6ª. ¿En qué procedimientos han recaído?

- Divorcio/separación: 1
- Guarda y custodia/relaciones paterno-filiales: 0
- Modificación de medidas: 0

7ª. Como se verá a continuación, el factor más determinante es el informe psicosocial.

3.14.2. ANÁLISIS CUALITATIVO

A. La distancia entre domicilios

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

B. La conflictividad en la pareja

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

La SAP Melilla (Sección 7) 16 noviembre2015 Recurso 89/2015 concede la custodia compartida que se había denegado en primera instancia y señala que no se aprecia un elevado nivel de hostilidad entre los progenitores Por encima de esas discrepancias se destaca que ambos progenitores tienden a mantener a la hija apartada del conflicto parental.

C. Informe psicosocial

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

La SAP Melilla (Sección 7) 16 noviembre2015 Recurso 89/2015 concede la custodia compartida que se había denegado en primera instancia y señala que el informe psicosocial ha concluido afirmando que concurren condiciones para que se establezca un régimen de guarda y custodia compartida.

D. La opinión del menor

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

E. La edad del menor

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión

La SAP Melilla (Sección 7) 16 noviembre2015 Recurso 89/2015 concede la custodia compartida que se había denegado en primera instancia y señala que la menor actualmente cuenta con 6 años, momento en que comienza a adquirir conciencia de la situación que vive.

F. El informe del Ministerio Fiscal

Se ha tenido en cuenta en 0 ocasiones.

G. Posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

La SAP Melilla (Sección 7) 16 noviembre2015 Recurso 89/2015 concede la custodia compartida que se había denegado en primera instancia ambos progenitores están preparados para cuidar a atender a su hija por igual, sin perjuicio de que el padre deba acudir al auxilio de una tercera persona para cubrir sus ausencias.

H. La existencia de la figura de un “cuidador principal” durante la convivencia

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

I. Aportación de plan de parentalidad

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

J. Mantenimiento del *status quo*

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

K. Existencia de facto de un régimen de custodia compartida en

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

L. Error en el *petitum*

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

M. Es un procedimiento de modificación de medidas definitivas ¿existe variación sustancial de las circunstancias?

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

N. Interés del solicitante que se infiere de su actuación procesal

3.15. CATALUÑA

No se ha encontrado ninguna

3.16. COMUNIDAD VALENCIANA

3.16.1. ANÁLISIS CUANTITATIVO

Se han examinado 7 sentencias que aplican el artículo 92.8 Código Civil.

Del examen realizado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª. Reconocen la custodia compartida: 6 (85,71%)

- En ambas instancias: 3
- Sólo en la primera instancia: 1
- Sólo en la Audiencia provincial: 3

2ª. No reconocen la custodia compartida: 1

3ª. Han sido casadas por el Tribunal Supremo: 0

- El TS dice que sí procede la custodia compartida: 0
- El TS dice que no procedía la custodia compartida: 0

4ª. Han sido confirmadas por el Tribunal Supremo: 1

- El TS confirma que no procede la custodia compartida: 1
- El TS confirma que sí procedía la custodia compartida: 0

5ª. ¿Quién solicita la custodia compartida? En todos los casos, ha sido el padre.

6ª. ¿En qué procedimientos han recaído?

- Divorcio/separación: 3. Se ha reconocido en todas (100%).
- Guarda y custodia/relaciones paterno-filiales: 3. Se ha reconocido en 2 sentencias (66,66%)
- Modificación de medidas: 1. No se reconoce en instancia, pero sí en la AP (100%)

7ª. Como se verá a continuación, el factor más determinante es el informe psicosocial.

3.16.2. ANÁLISIS CUALITATIVO

A. La distancia entre domicilios

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

- Se valora positivamente para reconocer la custodia compartida el que los progenitores vivan en poblaciones muy próximas (Chella y Bolbaite) alrededor de 3 km por carretera, lo que implica cercanía con el colegio del menor (SAP de Valencia, de 1 de junio de 2015, Rec. 263/2015).

B. La conflictividad en la pareja

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

- Se recuerda que sólo la conflictividad que perjudica al menor puede ser obstáculo para la concesión de la custodia compartida, pero no la conflictividad lógica en la pareja que deriva de del divorcio judicial de la pareja y del conflicto que ello genera por sí mismo (SAP de Alicante de 17 de julio de 2015, Rec. 282/2015)

C. Informe psicosocial

Se ha tenido en cuenta en 4 ocasiones.

Ha sido determinante el contenido del informe a la hora de acordar (SAP de Valencia de 21 de octubre de 2015, Rec. 785/2015 - si bien recomienda un período previo de adaptación en el que la convivencia sería con la madre y estancias amplias con el padre-; SAP Valencia de 1 de junio de 2015, Rec. 263/2015; SAP de Alicante de 28 de octubre de 2014 –en este caso, el juez de instancia atiende parcialmente el informe psicosocial, ya que la perito era partidaria de la custodia compartida sólo para los mellizos, pero no para el hijo mayor que había vivido con el padre, con el consentimiento de la madre-; SAP de Elche de 30 de mayo de 2014, Rec. 705/2013).;

En el único caso en el que el informe ha sido desfavorable a la custodia compartida, siendo determinante en la resolución del juez, los motivos alegados han sido, las mayores habilidades de la progenitora, la edad del pequeño (1 año) y la falta de habitación en el domicilio de los padres de él, que es donde residiría (SAP Valencia de 23 de septiembre de 2015, Rec. 489/2015).

D. La opinión del menor

Se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones.

- Se tiene en cuenta en la valoración del informe psicosocial, donde se manifiesta que echan en falta al otro progenitor (SAP de Alicante de 28 de octubre de 2014, Rec. 294/2014).

- La SAP de Elche de 30 de mayo de 2014 (Rec. 705/2013) analiza cuándo y cómo debe tenerse en cuenta el deseo manifestado por el menor. En la exploración del menor el juez detecta que las razones dadas por la hija, se inscriben más en su comodidad, conveniencia y desconocimiento de los beneficios que supone una custodia compartida que en conflictos de

convivencia. De la exploración se desprende el deseo de relacionarse en términos de igualdad con ambos progenitores.

E. La edad del menor

Se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones.

- Teniendo en cuenta la edad actual, de 4 años, la custodia compartida se puede desarrollar satisfactoriamente con relación a sus padres (SAP de Alicante de 17 de julio de 2015, Rec. 282/2015).

- Se valora el que la menor tenga sólo 1 año para reconocer la custodia exclusiva para la madre, si bien, el informe del perito prevé que cuando cumpla los 5 años se dé el paso a la custodia compartida (SAP Valencia de 23 de septiembre de 2015, Rec. 489/2015¹⁰²).

F. El informe del Ministerio Fiscal

Se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones.

No es un factor decisivo. Se tiene en cuenta, junto con el resto del material probatorio, para reforzar la decisión de conceder la custodia compartida (SAP de Elche de 30 de mayo de 2014, Rec. 705/2013).

G. Posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

- Ambos cónyuges están suficientemente capacitados para el cuidado del menor, pues tienen unas circunstancias laborales y unas disponibilidades horarias favorables, pues ambos son médicos, lo que facilita la custodia compartida (SAP de Alicante de 17 de julio de 2015, Rec. 282/2015).

H. La existencia de la figura de un “cuidador principal” durante la convivencia

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

- El hecho de que la madre se haya ocupado del cuidado del menor (que en la actualidad tiene 4 años) durante el matrimonio y la separación de hecho, no es obstáculo para reconocer la custodia compartida (SAP de Alicante de 17 de julio de 2015, Rec. 282/2015).

¹⁰² La sentencia ha sido confirmada por STS de 17 de enero de 2017 (Rec. 3299/2015) que valora también la agresividad del padre, manifestada en unos hechos que son posteriores a la sentencia de instancia recaída en el proceso de guarda y custodia, y a la de la Audiencia provincial. En concreto, en la sentencia de 30 de junio de 2016 del Juzgado de lo Penal nº 17 de Valencia, con sede en Paterna, se condenó al padre por amenazas en el ámbito familiar. Esta resolución fue confirmada por la sentencia de 31 de octubre de 2016 de la sección primera de la Audiencia Provincial de Valencia.

I. Aportación de plan de parentalidad

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

J. Mantenimiento del *status quo*

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

K. Existencia de facto de un régimen de custodia compartida.

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

L. Error en el *petitum*

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

M. Es un procedimiento de modificación de medidas definitivas

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

-Se admite la modificación del régimen de custodia, hacia la compartida por dos motivos: en primer lugar, el cambio de profesión del padre que deja el sector de la construcción y pasa a trabajar en la hostelería con horario de 8 a 3; en segundo lugar, porque, pese a lo señalado en la sentencia, había tenido, con el consentimiento de la madre y durante 3 años, un régimen muy amplio de visitas pues el menor estaba en su compañía durante cuatro días a la semana y la totalidad de las vacaciones de verano, lo que evidencia que este régimen es más beneficioso para el menor (SAP de Alicante de 2 de mayo de 2013, Rec. 109/2013).

N. Interés del solicitante que se infiere de su actuación procesal

Nada

3.17. NAVARRA

3.17.1. ASPECTOS CUANTITATIVOS

Se han seleccionado 9 sentencias.

Del examen realizado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª. Reconocen la custodia compartida: 3 (33,33%)

- En ambas instancias: 3
- Sólo en la primera instancia: 2
- Sólo en la Audiencia provincial: 0

2ª. No reconocen la custodia compartida: 6 (66,66%)

3ª. Han sido casadas por el Tribunal Supremo: 0

- El TS dice que sí procede la custodia compartida: 0
- El TS dice que no procedía la custodia compartida: 0

4ª. Han sido confirmadas por el Tribunal Supremo: 0

- El TS confirma que no procede la custodia compartida: 0
- El TS confirma que sí procedía la custodia compartida: 0

5ª. ¿Quién solicita la custodia compartida? En todos los casos, ha sido el padre.

6ª. ¿En qué procedimientos han recaído?

- Divorcio/separación: 3
- Guarda y custodia/relaciones paterno-filiales: 1
- Modificación de medidas: 5. Se constata que existen mayores dificultades para obtener la custodia compartida en proceso de modificación de medidas. Se ha reconocido sólo en una ocasión y, además, en ambas instancias.

7ª. Como se verá a continuación, los dos factores más determinantes son el informe psicosocial y la conflictividad, seguido de la falta de modificación de las circunstancias en los casos de modificación de medidas.

3.17.2. ASPECTOS CUALITATIVOS

A. La distancia entre domicilios

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

B. La conflictividad en la pareja

Se ha tenido en cuenta en 4 ocasiones.

- SAP Navarra de 21 de julio de 2015: “En el presente caso como circunstancias a tener en cuenta a la hora de resolver la cuestión planteada es necesario dejar constancia de la fuerte conflictividad existente en las relaciones entre los progenitores. Conforme a ello consideramos que en el supuesto que nos ocupa, al menos en el momento actual, el establecimiento de un régimen de custodia compartida no beneficiaría en ningún caso el interés del menor, ya que la ausencia de diálogo entre las padres y la existencia de importantes desacuerdos en todo lo que hace referencia al menor lo único que ocasionaría mantenerse dicho régimen es el incremento de dicha situación que en última instancia a quien realmente iba a perjudicar es a este. Por dicho motivo y en tanto no se produjera una modificación en las relaciones personales procede desestimar el recurso interpuesto manteniendo el régimen de guarda y custodia a favor de la madre por considerarlo como el que mejor protege el interés del menor”.
- SAP Navarra de 30 de junio de 2015: en base a la conflictividad existente entre los progenitores el informe psicosocial desaconseja en este caso la custodia compartida.
- SAP Navarra de 25 de mayo de 2015: El informe pericial recomienda custodia compartida pero también un seguimiento del caso por la alta conflictividad. Por este motivo la Sala revoca la sentencia de 1ª Instancia que sí establecía un régimen de custodia compartida.
- SAP Navarra de 26 de marzo de 2015: Existe un muy elevado grado de conflicto y el informe pericial reconoce la adecuación del padre para el cuidado del hijo, por lo que la Sala revoca la sentencia de 1ª Instancia, otorgando la custodia exclusiva al padre, que había pedido la custodia compartida de manera subsidiaria.

C. Informe psicosocial

- Se ha tenido en cuenta en 4 ocasiones.

Se ha tenido en cuenta en la SAP Navarra de 30 de junio de 2015, SAP Navarra de 25 de mayo de 2015, SAP Navarra de 26 de marzo de 2015 y SAP Navarra de 18 de julio de 2013.

Sólo en uno de esos casos se apoya la Sala en dicho informe para otorgar la custodia compartida (SAP Navarra de 18 de julio de 2103), confirmando la sentencia de 1ª Instancia. En las otras tres ocasiones sirve para establecer la custodia exclusiva, confirmando en una de ellas la sentencia de 1ª Instancia (SAP Navarra de 30 de junio de 2015) y revocándola en las otras dos (SAP Navarra de 25 de mayo de 2015 y SAP Navarra de 26 de marzo de 2015).

D. La opinión del menor

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

La opinión del menor en la SAP Navarra de 30 de junio de 2015 ha sido determinante, junto con el informe psicosocial y la alta conflictividad para establecer la custodia exclusiva a favor de la madre, confirmando la sentencia de 1ª Instancia.

En una ocasión el menor consta como explorado pero su deseo de custodia exclusiva no se ha tenido en cuenta, estableciendo tanto en 1ª Instancia como en apelación la custodia compartida (SAP Navarra de 18 de julio de 2013) en base al informe psicosocial.

E. La edad del menor

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

F. El informe del Ministerio Fiscal

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

G. Posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

H. La existencia de la figura de un “cuidador principal” durante la convivencia

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

En un caso se ha tenido en cuenta pero para confirmar la sentencia de 1ª Instancia, estableciendo un régimen de custodia compartida (SAP Navarra de 18 de julio de 2013) junto con la recomendación del informe psicosocial: “La Sala confirma la Sentencia de 1ª Instancia en base a que ha funcionado bien dicho sistema hasta el momento actual y a las recomendaciones del informe de la psicóloga, que considera que el sistema de custodia compartida es el más beneficioso para la menor por la implicación de ambos progenitores en el cuidado de la misma y la vinculación de la niña con ambos”.

I. Aportación de plan de parentalidad

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

J. Mantenimiento del *status quo*

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

K. Existencia de facto de un régimen de custodia compartida

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

L. Error en el *petitum*

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

M. Es un procedimiento de modificación de medidas definitivas ¿existe variación sustancial de las circunstancias?

Se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones.

En las dos ocasiones se rechaza la custodia compartida y en ambos también se confirma la sentencia de 1ª Instancia:

- SAP Navarra de 11 de junio de 2015: La Sala confirma la sentencia de 1ª Instancia en base a que no ha existido modificación sustancial de las circunstancias sino mero transcurso del tiempo, que no se puede tener en cuenta per sé como cambio en las circunstancias de la entidad requerida.
- SAP Navarra de 26 de febrero de 2014: La Sala confirma la sentencia de 1ª Instancia en base a que el cambio de circunstancias alegado es sólo económico, lo cual no puede modificar por sí solo el régimen de custodia.

N. Interés del solicitante que se infiere de su actuación procesal

No se aprecia que se tenga en cuenta.

3.18. ARAGÓN

3. 18.1. ANÁLISIS CUANTITATIVO

Se han seleccionado 2 sentencias.

Del examen realizado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1ª. Reconocen la custodia compartida: 1 (50%)

- En ambas instancias: 0
- Sólo en la primera instancia: 0
- Sólo en la Audiencia provincial: 1

3ª. No reconocen la custodia compartida: 1 (50%)

4ª. Han sido casadas por el Tribunal Supremo: 0

- El TS dice que sí procede la custodia compartida: 0
- El TS dice que no procedía la custodia compartida: 0

4. Han sido confirmadas por el Tribunal Supremo: 0

- El TS confirma que no procede la custodia compartida: 0
- El TS confirma que sí procedía la custodia compartida: 0

5ª. ¿Quién solicita la custodia compartida? En todos los casos, ha sido el padre.

6ª. ¿En qué procedimientos han recaído?

- Divorcio/separación: 0
- Guarda y custodia/relaciones paterno-filiales: 0
- Modificación de medidas: 2.

7ª. Como se verá a continuación, el factor más determinante es la distancia entre domicilios.

3.18.2 ANÁLISIS CUALITATIVO

A. La distancia entre domicilios

Se ha tenido en cuenta en 1 ocasión.

- SAP de Huesca de 23 de julio de 2013: La Sala confirma la Sentencia de 1ª Instancia en base a la distancia entre los domicilios, a que el informe

psicológico no se muestra abiertamente favorable a la custodia compartida y por la mala situación laboral del padre.

B. La conflictividad de la pareja

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión

C. Informe psicosocial

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión

D. La opinión del menor

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión

E. La edad del menor

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión

F. El informe del Ministerio Fiscal

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión

G. Posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión

H. La existencia de la figura de un “cuidador principal” durante la convivencia

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión

I. Aportación de un plan de

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión

J. Mantenimiento del *status quo*

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión

K. Existencia de facto de un régimen de custodia compartida.

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión

L. Error en el *petitum*

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión.

M. Es un procedimiento de modificación de medidas definitivas ¿existe variación sustancial de las circunstancias?

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión

N. Interés del solicitante que se infiere de su actuación procesal

No se ha tenido en cuenta en ninguna ocasión

4. CONCLUSIONES

1ª CONCLUSIÓN: LA CUSTODIA COMPARTIDA CADA DÍA ES MÁS FRECUENTE, PERO DISTA DE SER EL SISTEMA ORDINARIO Y NO EXCEPCIONAL

La reciente STS de 22 de febrero de 2017 (Rec. 2358/2016) señalaba que “el régimen de guarda y custodia compartida **es cada día más frecuente y es ya el ordinario y no el excepcional** para aplicar la guarda y custodia de menores ante la separación o divorcio de sus padres.”

¿Es cierta esta afirmación en la práctica?

Del examen de las 547 sentencias analizadas podemos concluir:

- En primer lugar, que en las audiencias provinciales existe un profundo conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La mayoría se las sentencias comienzan la fundamentación jurídica con la cita de dicha jurisprudencia y del marco normativo internacional y autonómico favorable a la custodia compartida.
- En segundo lugar, que sí es cierto que la custodia compartida cada día es más frecuente, sin embargo, dista mucho de ser el sistema ordinario y no el excepcional en la mayoría de las audiencias. Sirva como muestra la situación que se percibe dentro de las audiencias provinciales de las Islas Canarias, donde claramente se encuentran dos posiciones encontradas:
 - una primera posición continúa considerando la custodia compartida una medida excepcional, de forma que quien la solicita debe probar que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor. Destaca en la Sala de Santa Cruz de Tenerife, sección 1, el magistrado D. Álvaro Gaspar Pardo de Andrade, quien en la SAP de 16 de abril de 2014 (Rec. 24/2013) concluye que: **“si bien es cierto que existe una moderna tendencia jurisprudencial en pos de la guarda compartida como norma y no como excepción, con sentencias como las que cita el apelante, el juez no es sino la voz de la norma, y la norma sigue ahí:** 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 sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (art. 92.8 CC). En este caso concreto, el desideratum que se deduce de dicha jurisprudencia podría traducirse en práctica aplicación en lo que concierne a la excepcionalidad, y a la vinculación del informe del máximo velador del menor (que, por cierto, sí era favorable en el caso que se cita en el recurso, de la sentencia de esta misma Sección de 2 de marzo de 2012), mas no en lo que respecta a su inciso final, pues, lejos de haber probado la parte, a la que la prueba incumbía, que, sólo

con la guarda compartida, se protege comme il faut el interés de Almudena , ha quedado en evidencia lo contrario.”

- una segunda posición sostiene que lo normal y deseable es la custodia compartida y, en consecuencia, también quien solicita la custodia exclusiva debe probar las ventajas que su reconocimiento aportaría al menor. Un ejemplo de esta corriente es la SAP Santa Cruz de Tenerife de 2014, sección 1, ponente, Antonio María Rodero García; y las SSAP Santa Cruz de Tenerife, de 11 de marzo de 2015, sección 1 ponente, María Paloma Fernández Reguera. En la última sentencia citada, la Sala parece ver en la custodia compartida, no ya un régimen normal, sino, incluso, preferente, ya que señala que “la tendencia jurisprudencial, es **contemplar la custodia compartida como primera opción** en la determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos menores si sus padres viven separados siempre que se den condiciones favorables que así lo aconsejen en beneficio de los hijos y siempre que lo decida el Tribunal en interés de los hijos menores”. En esta misma línea se sitúa, en la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1, el magistrado Antonio María González Floriano, en cuyas sentencias se reconoce la custodia compartida si no hay ninguna circunstancia que lo desaconseje (por ejemplo, SAP Cáceres, de 2 de marzo de 2015, Rec. 57/2015).

- Hemos puesto un ejemplo de interpretaciones divergentes en una misma Audiencia (Santa Cruz de Tenerife) y en una misma sección (la sección 1). Ello evidencia la importancia del magistrado ponente, algo que no es específico de los procesos de familia, sino que puede predicarse del resto de procesos y jurisdicciones.

Si visualizamos la situación a través de porcentajes (*vid*, Tablas 1, 2, 3 y 4) podemos extraer las siguientes conclusiones:

- Existen notables diferencias según la Comunidad Autónoma. Islas Canarias, Extremadura y Madrid (con el 28,57%, 30% y el 33,33% respectivamente) y Cantabria (con el 90%) representan los dos polos opuestos. Por encima del 50% se sitúan País Vasco, Castilla y León, Castilla-La Mancha y Comunidad Valenciana.
- Como regla general, las Audiencias confirman las sentencias de la 1ª instancia que reconocen la custodia compartida e, incluso, conceden más (con la excepción de Extremadura y Navarra donde la 1ª instancia es más favorable que la Audiencia).
- Sigue siendo una solicitud mayoritariamente de los padres, con mucha diferencia.
- Respecto de la dificultad para obtener la custodia compartida en procedimiento de modificación de medidas definitivas, en algunas audiencias, como las de Madrid, Extremadura, Castilla-La Mancha o Islas Canarias, claramente es así. En otras Audiencias, como Cantabria, las dificultades no son mayores que en otros procesos.
- Hasta la fecha han sido casadas por el Tribunal Supremo 29 sentencias. En 24 de ellas, la el Alto Tribunal concluye que sí procedía la custodia compartida; en 5, sin embargo, quita la razón a la audiencia provincial y considera que el interés del menor está más protegido en un sistema de custodia exclusiva. Han sido confirmadas por el Tribunal Supremo 25

sentencias de las audiencias provinciales, concluyendo el alto tribunal que lo mejor para el menor era el mantenimiento de la custodia exclusiva.

- Partiendo de la base de que el juez hace una valoración conjunta de toda la prueba y de todos los factores, se observa que tiene un peso prácticamente decisivo el informe psicosocial, especialmente en los procesos de modificación de medidas.

TABLA 1. PORCENTAJE DE CONCESIÓN DE CUSTODIA COMPARTIDA. COMPARACIÓN ENTRE LA 1ª INSTANCIA Y LA AUDIENCIA PROVINCIAL

COMUNIDADES AUTÓNOMAS	AUDIENCIA PROVINCIAL	PRIMERA INSTANCIA
MADRID	33,33%	25 %
CANTABRIA	90%	60%
ASTURIAS	45%	45%
ANDALUCÍA	35,04%	30,76%
ISLAS BALEARES	44,44%	38,88%
PAÍS VASCO	66,03%	45,28%
LA RIOJA	0	100%
CASTILLA Y LEÓN	52,63%	36,84%
CASTILLA-LA MANCHA	52,78%	36,11%
GALICIA	42,37%	28,81%
EXTREMADURA	30%	35%
ISLAS CANARIAS	28,57%	25,39%

REGIÓN DE MURCIA	35%	35%
MELILLA	100%	0
COMUNIDAD VALENCIANA	85,71%	57,14%
NAVARRA	33,33%	55,55%
ARAGÓN	50%	0

TABLA 2. PORCENTAJE DE CUSTODIA COMPARTIDA RECONOCIDA EN PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DEFINITIVAS

COMUNIDADES AUTÓNOMAS	AUDIENCIA PROVINCIAL	PRIMERA INSTANCIA
MADRID	13,63%	13,63%
CANTABRIA	75%	75%
ASTURIAS	37,5%	37,5%
ANDALUCÍA	42,42%	45,45%
ISLAS BALEARES	55,55%	44,44%
PAÍS VASCO	50%	25%
LA RIOJA	No hay	No hay
CASTILLA Y LEÓN	41,66%	33,33%
CASTILLA-LA MANCHA	28,57%	28,57%

GALICIA	36,84%	26,31%
EXTREMADURA	20%	0
ISLAS CANARIAS	36,66%	36,66%
REGIÓN DE MURCIA	50%	50%
MELILLA	No hay	No hay
COMUNIDAD VALENCIANA	100%	0
NAVARRA	20%	20%
ARAGÓN	50%	0

TABLA 3. SOLICITUDES DE CUSTODIA COMPARTIDA POR LA MADRE

COMUNIDADES AUTÓNOMAS	MADRE	PADRE
MADRID	0	100%
CANTABRIA	10%	90%
ASTURIAS	0	100%
ANDALUCÍA	3,41%	88,88%
ISLAS BALEARES	0	100%
PAÍS VASCO	0	100%

LA RIOJA	0	100%
CASTILLA Y LEÓN	0	100%
CASTILLA-LA MANCHA	0	100%
GALICIA	0	100%
EXTREMADURA	10%	90%
ISLAS CANARIAS	12,69% No se incluyen los 2 casos con dos progenitoras	84,12%
REGIÓN DE MURCIA	0	100%
MELILLA	0	100%
COMUNIDAD VALENCIANA	0	100%
NAVARRA	0	100%
ARAGÓN	0	100%

TABLA 4. FACTORES QUE HAN TENIDO MÁS PESO EN LA DECISIÓN DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

COMUNIDADES AUTÓNOMAS	FACTORES
MADRID	Informe psicosocial Existencia de un “cuidador principal” durante la convivencia.
CANTABRIA	Informe psicosocial
ASTURIAS	Conflictividad Informe psicosocial Facilidades para conciliar vida familiar y laboral
ANDALUCÍA	Informe psicosocial Conflictividad Opinión del menor.
ISLAS BALEARES	Informe psicosocial Conflictividad Existencia <i>de facto</i> de un régimen de custodia compartida Conciliación de la vida laboral y familiar.
PAÍS VASCO	Informe psicosocial Conflictividad

	Conciliación de la vida familiar y laboral
LA RIOJA	La existencia de la figura de un “cuidador principal” durante la convivencia Informe psicosocial
CASTILLA Y LEÓN	Informe psicosocial Conflictividad de la pareja
CASTILLA-LA MANCHA	Informe psicosocial Conflictividad de la pareja
GALICIA	Informe psicosocial Existencia de un “cuidador principal” durante la convivencia
EXTREMADURA	Informe psicosocial Conflictividad
ISLAS CANARIAS	Mantenimiento del <i>status quo</i> Conflictividad Informe psicosocial
REGIÓN DE MURCIA	Informe psicosocial Existencia de “cuidador principal” durante la convivencia Problemas de conciliación de vida familiar y laboral

MELILLA	Informe psicosocial
COMUNIDAD VALENCIANA	Informe psicosocial
NAVARRA	Informe psicosocial Conflictividad
ARAGÓN	Distancia entre domicilios

2ª. CONCLUSIÓN. EN EL MOMENTO DE INTERPRETAR Y APLICAR EN CADA CASO EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, EXISTE GRAN DISCREPANCIA ENTRE LAS AUDIENCIAS EN LA FORMA DE VALORAR Y PONDERAR LOS CRITERIOS SEÑALADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Existe una gran divergencia entre las distintas Audiencias, entre las secciones de una misma Audiencia e, incluso, entre los magistrados de una misma sección, en el momento de interpretar y aplicar en cada caso el interés superior del menor, ya que, ante asuntos muy similares, se valoran y ponderan de forma muy diferente los criterios establecidos por el Tribunal Supremo. Recuérdese al respecto que en la sentencia de 29 de marzo de 2016, el Alto Tribunal ha insistido en la importancia de que las Audiencias respeten su doctrina en aras de la seguridad jurídica, por encontrarnos ante “un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares”.

A. Distancia entre domicilios o el hecho de vivir en localidades distintas

En un grupo de sentencias la distancia entre domicilios y con el centro escolar, tiene mucho peso, hasta el punto de que, aun siendo el resto de condiciones favorables al reconocimiento de la custodia compartida, ésta se deniega por suponer una alteración de la vida normal del menor, sobre todo cuando ya alcanza edad escolar. Son dos las circunstancias que se valoran:

1ª. La distancia que va a tener que recorrer el menor de uno a otro domicilio, o desde el domicilio de turno de cada progenitor al colegio. Se valora el esfuerzo que supone para el menor recorrer una gran distancia.

2ª. Cómo afecta a su estabilidad el hecho de vivir en dos localidades distintas, con independencia de la distancia que medie entre ellas, en cuanto puede suponer apartarle de su entorno social: amigos, actividades extraescolares.

Ambas circunstancias se valoran en relación con el sistema de custodia compartida que se solicita: semanal, quincenal, semestral... Una distancia puede considerarse que dificulta la custodia compartida si se solicita por semanas, pero no si es quincenal, por ejemplo. Por supuesto en todos los casos en que supone escolarizar por temporadas al menor en centros distintos se descarta la custodia compartida.

¿Cuándo se considera que existe una distancia considerable que dificulta o, incluso, hace inviable un régimen de custodia compartida?

Una distancia de 50 km es factor que desaconseja su concesión (SAP Madrid, de 11 de diciembre de 2015 -confirmada por STS de 21 de diciembre de 2016), o una distancia de 40 kilómetros, lo que entorpecería el régimen de custodia compartida, teniendo que estar continuamente viajando y cambiando de colegio (SAP de Huelva de 15 de julio de 2015), o la distancia de Madrid a Toledo en el trimestre que le corresponda al padre (SAP Madrid de 12 de noviembre de 2015), o de Alcorcón a Aranjuez (SAP Madrid de 28 de julio de 2014 - confirmada por STS de 26 de octubre de 2016-), o de Vigo a Orense (SAP de 1 de octubre de 2014) o una distancia de 170 km lo que implica 2 horas en automóvil (SAP Toledo de 26 de noviembre de 2013). No es un impedimento la distancia de 10 km, cuando, además, se invierten 20 minutos (SAP Madrid de 11 de julio de 2014). Desde luego, la cercanía, sí favorece la custodia compartida. Al respecto, es muy interesante la SAP Palma de Mallorca, Sección 4, de 18 marzo de 2014, que mantiene la custodia compartida concedida en primera instancia, porque considera que la indiscutida cercanía entre los domicilios de los padres evita o, al menos, disminuye, el riesgo de lo que ha venido denominándose "niños maleta" lo que redundará en beneficio de los hijos.

Mención especial merecen las áreas metropolitanas, donde la distancia se relativiza dependiendo de la zona. Por ejemplo en Sevilla, el que uno de los padres viva "a las afueras" o en una urbanización en un pueblo cercano no es visto como un impedimento decisivo. Por el contrario, en la propia Andalucía en Audiencias de localidades más pequeñas, el residir en pueblos distintos sí es visto como un impedimento. Sin embargo, en el área metropolitana de Madrid sí se ha considerado que media una gran distancia entre Madrid y Coslada (SAP Madrid de 22 de abril de 2015. Esta sentencia ha sido casada por STS de 17 de febrero de 2017, para la que esta distancia es escasa, principalmente en una metrópoli como Madrid).

Especialmente compleja es la situación en las Islas Canarias, cuando uno de los progenitores se traslada a vivir a la península. En la SAP Palmas de Gran Canaria, de 22 de septiembre de 2015, el factor decisivo es la larga distancia,

ya que la madre y el niño viven en Elche, lo que obligaría a establecer custodia compartida por períodos de 6 meses, con lo que implica de cambio de guardería y, en el futuro, de centro escolar. También el traslado de uno de los progenitores al extranjero se contempla como un factor que hace imposible la concesión de la custodia compartida. Así, la circunstancia de la decisión de la madre de trasladarse a vivir a Alemania, permaneciendo el padre en España, concretamente en Balsapintada-Fuente Álamo, con el consiguiente gran distanciamiento geográfico, claramente, hace inviable un sistema de guarda y custodia compartida (SAP Murcia, Sección 5ª, de 5 noviembre 2013).

Se valora de forma muy positiva el que ambos progenitores residan en la misma localidad porque no altera la vida escolar (SAP Coruña de 17 de enero de 2013) o en el mismo barrio (SAP Oviedo, 20 octubre 2014); en el mismo bloque (SAP Albacete de 23 de diciembre de 2015) y el hecho de que el solicitante de la custodia compartida haya cambiado de domicilio para poder estar más cerca de los hijos (SAP Gijón, 31 julio 2015). No basta la mera intención de cambiar de domicilio, sino que dicho cambio ya tiene que estar materializado (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 25 de marzo de 2015; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 4 de junio de 2015).

Pero aun existiendo cercanía, se deniega la custodia compartida, porque los niños, por su edad, necesitaban ser acompañados por un adulto para trasladarse de un domicilio a otro (SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 9 julio 2013).

Otro grupo de sentencias parte de la base de que la proximidad o lejanía de los domicilios es un factor que debe ponderarse con otros muchos, pero no es determinante ni excluyente, puesto que lo esencial es que tal diferencia sea compatible con el ejercicio conjunto de la custodia. Incluso con domicilios alejados pueden arbitrarse fórmulas de ejercicio conjunto de la guarda, puesto que este sistema tampoco es sinónimo de reparto matemático del tiempo de estancia de los hijos con los dos progenitores (elemento que no concurre en muchos matrimonios que mantienen los vínculos afectivos y la convivencia), sino que se trata de una modalidad de ejercicio de la guarda en el que el factor psicológico de vinculación entre los padres y los hijos es el realmente determinante (SAP Guadalajara de 25 de noviembre de 2014). Un ejemplo de esta interpretación sería la SAP de Málaga de 10 de julio de 2013, donde se considera más beneficioso para el menor, para no separarle de su entorno, establecer un sistema de custodia compartida conforme al cual el padre ostentará la custodia durante la semana y la madre los fines de semana, porque trabaja en un lugar alejado de donde residirá el padre con el menor. En esta línea también se incluye la SAP Murcia, Sección 5ª, de 13 de junio 2013, que estima que no puede excluirse la custodia compartida por el hecho de la mayor distancia del domicilio al centro escolar o con el apoyo escolar en horario de comedor.

El cambio de guarda y custodia exclusiva a la compartida no puede modificar el centro escolar o guardería a la que acuda. Hablamos de una decisión que, los

litigantes, deberán asumir de mutuo acuerdo y de no ser posible deberá solventarse en vía judicial (SAP Oviedo, de 23 noviembre 2015).

¿El mero cambio de localidad, con independencia de la distancia, es por sí un factor que dificulte la custodia compartida?

En algunas sentencias, si ambos progenitores viven en distintas localidades esta circunstancia se tiene en cuenta para no acordar la custodia compartida, con independencia de la lejanía o cercanía de domicilios, ya que supondría para el menor la pérdida de un entorno social en el que se desenvuelve adecuadamente (SAP Guadalajara de 8 de octubre de 2015; SAP Vitoria-Gasteiz, Sección 1, 16 junio 2015; SAP Toledo de 26 de junio de 2013) y no se admite la solución de la alternancia temporal de cada uno de ellos en la vivienda que constituyó el domicilio familiar, cuando existe conflictividad entre ellos (SAP Oviedo, de 16 sep. 2013).

También es factor determinante en la SAP Cáceres de 26 de junio de 2013, ya que los padres viven en ciudades distintas, por lo que el cambio de domicilio supondría un cambio de todas las circunstancias diarias y habituales de la menor: colegio, amistades, actividades extraescolares, etc. Lo que no favorecería una estabilidad y desarrollo adecuados.

B. Conflictividad. Problemas de comunicación dentro de la pareja.

Siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, se parte de que la mala relación no es en sí un elemento a tener en cuenta puesto que es lo habitual en una ruptura de pareja. La conflictividad tiene que ser de un nivel elevado de manera que la comunicación sea inexistente entre los padres y/o el grado de conflicto debe estar afectando o puede afectar a la estabilidad de los menores. Centrando la atención en la repercusión en el hijo de las malas relaciones de los padres, la Audiencia provincial de Palencia reconoce la custodia compartida recordando que antes de presentarse el conflicto entre los padres de la manera exacerbada que se muestra en sus posturas procesales, las relaciones de los menores con ambos, que son las que interesan, eran de normalidad con un alto grado de dedicación por parte de los padres en la atención de los niños. (SAP Palencia, de 26 de junio de 2013).

Sin embargo, en general se observa una falta de prueba del nivel de conflictividad. Resulta habitual la referencia a una situación de “conflictividad” en la pareja, pero sin que se concrete el nivel de falta de comunicación y cómo está afectando a los hijos. Sirva de muestra la SAP Santa Cruz de Tenerife, de 4 de junio de 2015 que concedió la custodia exclusiva a la madre, con base en la mala relación entre los progenitores, pese a declarar que el sistema de custodia compartida es el más idóneo. Esta sentencia fue casada por STS 369/2016, de 3 de junio de 2016 (Rec. 2534/2015) destaca que, como informó el Ministerio Fiscal, la falta de comunicación no constaba que superara el habitual en las crisis familiares, ni resultaba la existencia de una conflictividad

anormal. Por otro lado, del informe psicológico practicado por la perito judicial se deducía lo siguiente: 1. La madre reconocía que él era un buen padre y que no le preocupaba cuando el niño estaba con su progenitor. 2. El menor sabía que ambos progenitores lo querían y estaba cómodo con ambos. 3. Ambos progenitores eran aptos para la educación de su hijo. El Tribunal Supremo reprocha a la AP que en la sentencia recurrida no se concretara el nivel de falta de comunicación, ni porqué atribuía la custodia a la madre ante dicha falta de comunicación, y no al padre. La falta de diálogo, que no constaba, en este caso, que llegara al extremo de conflicto, no debe ser causa directa para la atribución de la custodia a la madre o al padre, dado que se habrá de concretar la motivación de la decisión.

Como pruebas del alto nivel de tensión existente entre los progenitores, que desaconsejan la concesión de la custodia compartida, las Audiencias atienden a las siguientes situaciones:

a. Los incumplimientos dimanantes del régimen de custodia y obligaciones de pago de pensión de alimentos (SAP Murcia Sección 4 de 3 de enero de 2014; SAP León de 27 de junio de 2014, Rec. 206/2014)

b. La falta de disposición de los progenitores para colaborar en los aspectos, formativos, educacionales o emocionales del menor (SAP Madrid de 27 de junio de 2014; SAP Palma de Mallorca, Sección 4, 28 octubre 2015; SAP Palma de Mallorca, Sección 4, 18 febrero de 2014; SAP Donostia-San Sebastián, Sección 2, 9 julio 2013; SAP Vitoria-Gasteiz, Sección 1, 7 junio 2013).

c. La falta de entendimiento de los padres para elaborar un programa de estancia y ocupación con los menores con reparto temporal de estancias (SAP Valladolid de 20 de noviembre de 2014; SAP Valladolid de 3 diciembre de 2013).

d. Se califica la conflictividad como guerra abierta, desencuentro total, discrepancias hasta en relación a la inscripción de la paternidad, entregas en punto de encuentro (SAP Madrid de 31 de mayo de 2015).

e. El hecho de que la comunicación se realice sólo por wasaps desaconseja la adopción del sistema de custodia compartida (SAP Bilbao, Sección 4, 15 diciembre 2014); entre los progenitores no existe un mínimo de capacidad de diálogo, pues como se deduce del informe psicosocial, tras la separación, continuaron residiendo en la vivienda conyugal, de forma independiente y pese a ello solo se comunicaban por SMS (SAP Madrid de 22 de mayo de 2015 – confirmada por STS de 21 de septiembre de 2016-). En sentido contrario, se considera que el hecho de que los progenitores se comuniquen sólo por correo electrónico no implica falta de comunicación (SAP Madrid de 19 de junio de 2013, SAP Madrid de 13 de febrero de 2014).

f. La obstaculización de la relación del menor con el otro progenitor (SAP Murcia, Sección 4, de 20 diciembre 2013; SAP Madrid de 28 de julio de 2014 – confirmada por STS de 276 de octubre de 2016-).

g. Un indicio de la relación de conflictividad es la pretensión del padre de privar o suspender en su ejercicio de la patria potestad a la madre (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 29 de abril de 2015–de hecho el niño convivía con el padre desde la ruptura de la pareja-).

h. - La conflictividad entre las 2 progenitoras se manifiesta en el hecho de que los profesores deben reunirse por separado con cada una de ellas para tratar de los temas del menor (SAP Palmas de Gran Canaria, de 13 de septiembre de 2013, Rec. 18/2013).

La conflictividad se manifiesta *ad intra* y *ad extra* y puede llegar a extender a la familia de los progenitores (SAP Burgos de 11 de noviembre de 2015 -el padre manifiesta que la familia extensa de la madre le ha amenazado y prohibido el acceso al domicilio donde reside el menor-).o a la nueva pareja del padre (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 4 de diciembre de 2013). *Ad intra* puede afectar negativamente al menor que visualiza las agresiones (SAP Segovia de 26 de junio de 2013), que puede llegar a requerir de tratamiento psicológico por tener temor a su padre (SAP Burgos de 5 de febrero de 2015) o de apoyo psicoterapéutico (SAP Oviedo Sección 6 de 26 mayo 2014). Muchas veces los padres utilizan a sus vástagos como un aliado o instrumento de coacción frente a su pareja y la falta de la mínima relación de respeto de sus padres afecta a los niños provocando en ellos síntomas que afectan negativamente a su desarrollo emocional y constituyen fuente propicia de futuros cuadros de ansiedad, angustia y fracaso escolar (SAP Toledo de 11 de julio de 2014).

Mención aparte merece la conflictividad cuando se judicializa penalmente. Al respecto hay que recordar que el artículo 92.7 del Código Civil señala que: “No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.”

En este sentido, son factores que imposibilitan el reconocimiento de la custodia compartida la existencia de denuncias cruzadas (SAP Madrid de 21 de abril de 2015) o condenas penales, agresiones mutuas (SAP Murcia, Sección, 4 de 3 de enero de 2014; SAP Palma de Mallorca, Sección 4, 11 septiembre 2015; SAP Donostia-San Sebastián, Sección 3, 21 octubre 2013). También se valora como indicio grave de conflictividad el haber sido condenado por una falta de injurias contra la demandada. (SAP de 24 de julio de 2015). Tampoco es

posible la custodia compartida si existe un procedimiento penal de contenido familiar, de lo que es prueba la competencia atribuida al Juzgado de violencia sobre la mujer. (SAP Orense de 31 de julio de 2014). En el caso analizado por la SAP Coruña de 27 de mayo 2015, inicialmente se concedió la custodia compartida, pero posteriormente, dicha sentencia fue casada por el Tribunal Supremo al existir un juicio de maltrato¹⁰³ ¹⁰⁴.

Pero las Audiencias abordan también el problema de la creación artificiosa de situación de conflictividad, que no impiden a las sentencias reconocer la custodia compartida, siendo un indicio de dicha artificiosidad el que no haya prosperado ni una sola de las denuncias presentadas por la madre, ni tampoco la solicitud de orden de alejamiento (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 2 de septiembre de 2013; SAP Palmas de Gran Canaria, de 3 de junio de 2014,; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 28 de mayo de 2015—la denuncia interpuesta por la recurrente ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer ha sido sobreseída provisionalmente en relación al delito de violencia de género que se imputaba al padre del menor, con informe favorable del Ministerio Fiscal, por no quedar acreditados los hechos denunciados). En la SAP Palmas de Gran Canaria de 9 de julio de 2014 la Sala no considera que la conflictividad entre los cónyuges suponga imposibilidad de colaboración en la responsabilidad parental, ya que advierte signos de sobreactuación de la madre ,como revela la obstaculización al cumplimiento de las medidas definitivas sobre uso de domicilio, retirada de enseres personales, y cumplimiento de las visitas, que ha mostrado en la ejecución de la sentencia de primer grado, y que han llevado a que se dicten en su contra multas coercitivas y requerimientos de ejecución forzosa, según resulta de las resoluciones judiciales aportadas por el apelado en segunda instancia, como el auto de 31/3/2014 y la sentencia de 3/12/2013 que atribuye al padre la facultad de decidir sobre elección del centro escolar, al haber cambiado la madre sin autorización alguna a los menores de su anterior centro. Lógicamente, concluye la Sala, si esa sobreactuación no fuera tal sino una real y contumaz resistencia a la aceptación de las resoluciones judiciales y al cumplimiento del sistema de guarda, lo que estaría en juego no es la custodia compartida sino la propia corresponsabilidad parental de la madre. Recuerda la SAP Palmas de Gran Canaria, de 4 de junio de 2014 que es un fraude de ley que se provoque un ambiente de confrontación entre los progenitores durante el pleito para evitar que se fije un régimen de guarda y custodia compartida. Sin embargo, en la SAP Palmas de Gran Canaria, de 21 de julio de 2015 es un factor decisivo para denegar la custodia compartida la tensión entre los miembros de la pareja, manifestada en el hecho de que la madre llegara a poner denuncia ante los juzgados de violencia de género que, posteriormente, retiró. En esta línea, no faltan sentencias que deniegan la custodia compartida por la existencia de denuncias penales archivadas porque se califica de que es evidente que no constituyen un caldo de cultivo idóneo para la cordialidad y respeto .aunque el procedimiento finalizara con sentencia

¹⁰³ Sentencia casada por STS 350/2016, de 26 de mayo de 2016 (Rec. 2410/2015) que se deniega custodia compartida, ya que hay el padre está incurso en procedimiento por maltrato. Aplica el nuevo art. 92.7 tras reforma de 2015, que recoge la jurisprudencia anterior del TS.

¹⁰⁴ Sentencia casada por STS 350/2016, de 26 de mayo de 2016 (Rec. 2410/2015) que se deniega custodia compartida, ya que hay el padre está incurso en procedimiento por maltrato. Aplica el nuevo art. 92.7 tras reforma de 2015, que recoge la jurisprudencia anterior del TS.

absolutoria (SAP Oviedo, Sección 6, de 16 sep. 2013) o el proceso penal hubiera sido sobreseído (SAP Santiago de Compostela de 30 de junio de 2014).

Llama la atención la SAP Madrid de 22 de abril de 2015, porque, pese a que los progenitores *de facto*, mantuvieran un sistema de alternancia semanal en la custodia de los menores, en contra de lo establecido en la instancia, la Audiencia denegó la custodia compartida con base, entre otros factores, en las malas relaciones de la pareja. La sentencia ha sido casada por la STS de 17 de febrero de 2017, que aprecia todo lo contrario, esto es, que el hecho de que hubiera un acuerdo entre las partes revela, precisamente, su capacidad de diálogo.

Por último, algunas sentencias recomiendan a los progenitores acudir a un proceso de mediación para llegar a un consenso, lo que en el futuro podría justificar el cambio a un régimen de custodia compartida (SAP Pontevedra de 23 de septiembre de 2013; SAP Cáceres de 25 de mayo de 2015).

C. Informe psicosocial

La STS de 9 de septiembre de 2015, respecto del carácter vinculante de dicho informe señala que *“las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, ...”*. Lo cierto es, sin embargo, que en un número muy elevado de sentencias, el juez acuerda lo que aconseja el informe psicosocial. Hasta la fecha, ha venido siendo prácticamente determinante el contenido del informe a la hora de acordar –si es favorable-, o denegar la modalidad compartida –si es desfavorable-. No faltan sentencias que acuerdan la custodia compartida en contra del informe psicosocial (SAP Murcia Sección 4º de 3 de enero de 2014). Conviene destacar que en este criterio, como en los demás, se aprecia profundas diferencias entre Audiencias. En Andalucía y en Navarra el juzgador en una mayoría de casos no accede a la recomendación del equipo psicosocial cuando éste aboga por la custodia compartida, haciéndole siempre caso cuando recomienda la monoparental. En sentido contrario, la Audiencia de Cantabria siempre sigue la recomendación del equipo cuando éste recomienda la compartida, e incluso cuando recomienda la monoparental también.

Frente al carácter objetivo e imparcial que se presume del informe psicosocial, al informe psicológico presentado por alguna de las partes no se le tiene en cuenta en prácticamente ninguna ocasión, por considerarlo parcial y no incluir el análisis de las capacidades y disponibilidad de la parte contraria.

El informe psicosocial es tan determinante que, incluso su inexistencia, es interpretada de una forma peculiar por algunas Audiencias. Así, la ausencia de

informe psicosocial, que no fue solicitado por las partes ni se acordó de oficio, inclinan a la Audiencia a mantener la custodia de la madre (SAP Madrid de 26 de julio de 2013, SAP Madrid de 23 de abril de 2014, SAP Madrid de 4 de febrero de 2014; SAP Murcia Sección 4 de 7 de noviembre 2013; SAP Murcia Sección 4 Murcia 4 de julio 2013; SAP Logroño, Sección 1, 12 marzo 2014; SAP Santa Cruz de Tenerife de 11 de marzo de 2015; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 8 de abril de 2015; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 1 de julio de 2015). Como excepción, en la SAP Madrid de 10 de diciembre de 2015, pese a no haberse practicado prueba pericial psicosocial en ninguna instancia, de los hechos se concluye que lo más adecuado es la guarda y custodia compartida. Llama la atención la SAP Madrid de 22 de abril de 2015, porque denegó la custodia compartida con base, entre otros motivos, en la inexistencia de informes psicosociales en ninguna de las instancias, aunque el informe fue solicitado en segunda instancia y rechazado por la propia Audiencia Provincial, contra cuya resolución se interpuso recurso de reposición que también fue desestimado por auto de 10 de septiembre de 2014. Esta sentencia ha sido casada por la STS de 17 de febrero de 2017, pues mientras en el auto referido se niega la necesidad del informe psicosocial, en el FDD primero de la resolución recurrida se hace una loa a la necesidad de dicho informe. Respecto de la interpretación conforme a la cual si no existe informe psicosocial no se acredita que la custodia compartida sea la mejor, es preciso recordar que el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de septiembre de 2016 reflexiona en sentido inverso: porque no hay informe psicosocial, que no se ha practicado, no constan elementos de juicio que desaconsejen el sistema de custodia compartida. Se puede apuntar la necesidad de regularlo

Parece existir un temor a decidir la custodia compartida, sin contar con un respaldo claro del informe psicosocial, de lo que parece desprenderse que algunos jueces esperan que sea el gabinete psicosocial quien de manera diáfana diga sí o no. Por ejemplo, la falta de claridad respecto de la custodia compartida, avala el mantenimiento de la custodia exclusiva, pese a reconocer la propia Audiencia, la implicación de ambos progenitores y la comunicación fluida entre los mismos (SAP Madrid de 29 de julio de 2013; SAP Oviedo Sección 5 de 16 junio 2014.; SAP Palma de Mallorca, Sección 4, 11 noviembre 2014). La Audiencia de Huesca parece olvidar que la última decisión es del tribunal. En sentencia de 23 de julio de 2013, se ampara para mantener la custodia exclusiva, en que el informe psicológico no se muestra “abiertamente favorable” a la custodia compartida.

En algunos casos, es el propio progenitor que solicita la custodia compartida, quien supedita el acogimiento de su pretensión al informe del equipo psicosocial, y así lo recuerda la Audiencia cuando deniega la custodia compartida (SAP Madrid de 3 de diciembre de 2013, SAP Madrid de 11 de febrero de 2014, SAP Madrid de 4 de diciembre de 2015).

El informe denegatorio se basa en criterios tales como:

a. La necesidad de un período previo de adaptación dado el carácter de los padres (impulsivo, inflexible en la negociación) y por implicar el padre a los

hijos en el conflicto (SAP Madrid de 11 de noviembre de 2014 - confirmada por la STS de 20 de abril de 2016-).

b. La situación de convivencia con la madre que, como consecuencia de lo acordado en medidas provisionales, se ha normalizado (SAP Madrid de 10 de enero de 2014, SAP Madrid de 15 de diciembre de 2015, SAP Madrid de 4 de diciembre de 2015; existe un fuerte apego materno-filial al convivir el menor desde que nació con su madre SAP de 10 de diciembre de 2015).

c. Ha sido la madre quien ha cubierto en mayor medida las necesidades del menor desde su nacimiento (SAP Madrid de 28 de julio de 2014 - confirmada por STS de 276 de octubre de 2016-; SAP Cáceres de 14 de octubre de 2014) en muchas ocasiones, esta situación tiene su origen en el alargamiento de los horarios laborales del padre (SAP Madrid de 11 de febrero de 2014).

d. Los enfrentamientos reiterados entre los progenitores (SAP Madrid de 5 de junio de 2013, SAP Madrid de 23 de octubre de 2013; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 21 de octubre de 2014).

e. Tras examinar al grupo familiar, llega a la conclusión de que los progenitores tienen diferencias en el mantenimiento de los hábitos y estilo educativo de los hijos, que obstaculizaría la colaboración interparental. Los padres desempeñan roles diferentes: la madre más orientada a los cuidados básicos y el padre, más orientado a la realización de actividades (SAP Madrid de 3 de diciembre de 2013).

f. La necesidad de atención a la crianza del hijo menor, debido a su edad (SAP Madrid de 3 de diciembre de 2013).

g. Los progenitores están priorizando sus intereses. Por ejemplo, en el caso del padre existe un miedo a perder la vivienda conyugal (el domicilio donde había vivido desde niño y donde tenía su despacho) y la madre se victimiza, siendo reacia a cambiar la situación actual (SAP Madrid de 29 de julio de 2013).

h. No existe ningún vínculo parental, entre el padre y el hijo, en el momento de hacer la evaluación (es un proceso de reconocimiento de paternidad) y no detecta en ninguno de los progenitores un deseo real de ejercer la coparentalidad (SAP Madrid de 18 de diciembre de 2015).

i. Las dificultades del padre para atender a sus hijas cuando le surgen imprevistos en su actividad profesional (encargos de trabajo repentinos), que cubriría acudiendo a amigos. Sin embargo, el entorno materno no precisa de estas ayudas, aun puntuales, de personas extrañas a su cuidado (SAP Madrid de 1 de diciembre de 2015).

j. Falta de independencia del padre respecto de su familia que es la que obstaculiza las relaciones entre el menor y la madre (SAP Murcia de 20 diciembre 2013).

k. Las pernoctas se hacen en la casa de los abuelos paternos y no es beneficiosa para los menores (SAP Sección 5ª Murcia Sede Cartagena de 16 de junio de 2015).

l. Descarta la existencia del síndrome de alienación parental, siendo el padre idóneo para mantener la custodia exclusiva a su favor (SAP Murcia Sección 4 de 18 de julio 2013).

m. El inespecífico horario laboral del padre por su profesión de trabajador autónomo (SAP Cáceres de 14 de septiembre de 2015, Rec. 345/2015).

La SAP Madrid de 22 de abril de 2015 ha llamado la atención sobre las diferencias que se observan en la actuación de estos equipos psicosociales según la circunscripción del juzgado: “previamente cabe advertir, y como crítica, la enorme diferencia que se observa en el trato de los organismos públicos con los Juzgados de la periferia de Madrid, con los pueblos de la Comunidad de Madrid, y en concreto en temas de "familia". En efecto, nos encontramos con un tema delicado, sensible, como es la concesión de la guarda y custodia de unos hijos y echamos de menos la intervención del Ministerio Fiscal emitiendo informe preceptivo; y se echa en falta dictamen de especialistas debidamente cualificados relativo a la idoneidad de este modo de ejercicio de custodia compartida”.

D. Opinión del menor

Hay muchas diferencias entre CCAA. Por ejemplo, en Andalucía se accede siempre al deseo del menor, apoyándose siempre, eso sí, además en otros argumentos. En Cantabria siempre aduce el juzgador que el menor no tiene suficiente juicio para saber lo que es más beneficioso para él y siempre decide en contra de su deseo.

En el caso de los menores cercanos a la mayoría de edad, siempre se accede a su deseo, pues el juzgador entiende que no es razonable imponerle un régimen de custodia en contra de su voluntad. En cualquier caso, es uno de los factores que se interpreta de forma más diversa:

Favorece la custodia compartida, la voluntad en este sentido del menor que:

- manifiesta su deseo de relacionarse con ambos progenitores (SAP Murcia Sección 4º de 24 de abril de 2014; SAP Murcia Sección 4º de 21 de marzo de 2014; SAP Murcia Sección 5 de 13 de junio 2013)

- dice que está igual de cómodo en los dos domicilios (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 23 diciembre 2015)

- alega que quiere estar por igual con los dos. (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 7 mayo de 2013; SAP Donostia-San Sebastián 22 julio 2013).

- presenta vinculación y demanda afectiva hacia ambas figuras parentales, (SAP Bilbao (Sección 4) 22 enero 2014; SAP Bilbao (Sección 4) 24 noviembre 2014; SAP Bilbao (Sección 4) 3 febrero 2014)

- no muestra rechazo por la pareja de su padre (SAP Murcia Sección 4º de 24 de abril de 2014). Sin embargo, aunque el menor diga mantener una relación positiva con la actual compañera sentimental del padre y sus hijos, se mantiene la custodia a favor de la madre porque dicha afirmación se hace en un contexto

de régimen de guarda y custodia con la madre y visitas con el padre (SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 18 julio 2013).

- el deseo del menor (14 años) que manifiesta de forma "clara y sin ambages su voluntad de vivir más tiempo con su padre, e incluso de vivir con él", pese a no tener problemas con su madre, lo que le permitiría estar más tiempo con su hermana, mayor de edad, que vive con el padre, es tenido en cuenta por la sentencia de 1ª instancia para reconocer la custodia compartida. Sin embargo, dicho deseo es interpretado posteriormente por la AP de Mérida de forma, cuando menos, sorprendente, ya que considera que ello está "más bien relacionado con la comodidad que le supone la circunstancia de que el domicilio en que reside el padre está situado en el centro de la ciudad", lo que le daría más facilidad para sus actividades de estudio y de ocio (SAP Mérida de 2 de febrero de 2015). La SAP fue casada por la STS de 11 de febrero de 2016 que concluye que en este caso, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal al solicitar la estimación del recurso, es claro el interés del menor en el sentido de que se adopte el sistema de custodia compartida, pues así le conviene por razones de localización, lo que hay que tener en cuenta, pues aunque no se trate de un criterio que predetermine la resolución judicial, sí ha de concedérsele especial relevancia cuando no concurren otros datos que hagan pensar en que la custodia compartida llevará consigo algún efecto negativo para dicho menor.

No favorece la custodia compartida: la voluntad en contra del menor, si manifiesta:

- el desinterés del padre por todo lo relacionado con su cuidado y educación, (SAP Murcia Sección 4 de 12 de junio de 2014)

- que aunque está bien con los dos, prefiere vivir con su madre (SAP Murcia Sección 4 Murcia 3 de enero de 2014; SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 22 diciembre 2014; SAP. Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 22 abril 2014)

- que están bien como están ahora y no quieren cambiar (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 28 octubre 2015). No quiere estar con las maletas de un lado para otro SAP San Sebastián (Sección 2) 27 noviembre 2014; SAP Madrid de 3 de diciembre de 2013).

- manifiesta que tiene más confianza con la madre (SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 9 julio 2013)

- la voluntad no reflexionada del menor si no es la expresión de una convicción pausada y reflexionada, sino la exteriorización de quien sin duda desea ver más a su padre, (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 26 noviembre 2015) la SAP Bilbao (Sección 4) 17 julio 2015, mantiene la custodia compartida porque

no llegó el menor a expresar razones de peso en contra del régimen de guarda y custodia compartida.

-la voluntad poco clara del menor, el conflicto de lealtades: quiere ver más a su padre, pero quiere vivir con su madre porque no quiere verla triste (SAP Oviedo (Sección 5) 16 junio 2014). Solo la SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 3 diciembre 2014 mantiene la custodia compartida y no atiende el deseo del hijo señalando que los problemas de relación padre-hijo se dan igualmente con un régimen de custodia con la madre en los momentos de visita y permanencia junto al padre. Por ello no podemos afirmar que el problema sea consecuencia o se agrave con la custodia compartida.

Otro bloque de sentencias considera que la opinión del menor es irrelevante para la custodia compartida, es decir, que no puede excluirse por este motivo: El deseo de los menores no puede, al menos siempre, equipararse con lo que es más beneficioso para ellos, debiendo tenerse presente, para valorar tal deseo, su edad, y las razones que ofrecen sobre su "preferencia" (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 3 abril 2014. Recurso 542/2013)

En el caso de opiniones contradictorias de los hermanos, puede haber diferencias entre hermanos, decidiendo el juzgador un régimen para los hermanos más pequeños y otro para los más mayores, sobre todo si se dan condiciones de cercanía que permiten que los hermanos continúen tratándose a diario (SAP Cáceres de 1 de junio de 2015), dejando en ocasiones incluso abierta la posibilidad de que el menor cercano a la mayoría de edad decida lo que quiera sin pronunciarse por tanto sobre su custodia. No faltan sentencias, que ante las distintas opiniones deciden mantener el *status quo* (SAP Madrid de 29 de julio de 2013) o dar prioridad al deseo manifestado por la de mayor edad (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 25 de marzo de 2015- es la hija mayor, de 17 años, la que manifiesta su deseo de vivir con su madre-).

E. Edad del menor

Quizá sea el factor en el que exista mayor discrepancia. Una misma edad, según la Audiencia, se considera que favorece o desaconseja la custodia compartida. Se siguen apreciando diferencias entre CCAA. En Andalucía la edad es decisiva, de modo que cuando se trata de niños muy pequeños, y aunque el equipo psicosocial recomiende custodia compartida, el juzgador la otorga monoparental.

Favorece la custodia compartida:

- Que el menor sea de corta edad: esa corta edad facilita su capacidad de adaptación a nuevas situaciones como esa alternancia en la guarda y custodia. (SAP Oviedo Sección 4 de 23 noviembre 2015). Incluso en el caso de un niño

lactante se concede la custodia compartida porque la madre dejará la lactancia y el niño come de todo (SAP Pontevedra de 19 de junio de 2013). - La edad de la hija (8 años de edad) beneficia, más que perjudica, este régimen de custodia; y las costumbres de la hija pueden dispensarse sin ningún tipo de problemática por ambos progenitores, además de que la edad de la menor exige que el contacto y la relación inmediata con ambos padres sea lo más amplia y continuada posible, de tal modo que, si se dan las condiciones favorables en beneficio de la menor el régimen de custodia compartida se revela idóneo (SAP Cáceres de 9 de diciembre de 2014, Rec. 466/2014). La misma argumentación encontramos también en la AP Cáceres respecto a una menor de 3 años y 4 meses (SAP Cáceres de 31 de octubre de 2014, Rec. 395/2014).

- El aumento de la edad, en los procedimientos de modificación de medidas, para considerar que han variado las circunstancias (SAP Murcia Sección 4º de 24 de abril de 2014) o en segunda instancia por considerar que ya tiene 6 años de edad momento en que comienza a adquirir conciencia de la situación que vive (SAP Melilla (Sección 7) 16 noviembre 2015).

No favorece la custodia compartida:

- Que el menor sea de corta edad: menos de 8 años (SAP Murcia Sección 4 de 6 marzo de 2014), 4 años (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 11 noviembre 2014), 7 y 4 años (SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 2 diciembre 2013), 6 y 4 años en SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 22 julio 2013), 2 y 6 años (SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 9 julio 2013.) Se ha tenido en cuenta para establecer un sistema mixto de custodia: exclusiva para la madre mientras dure el periodo de lactancia, y compartida cuando ésta termine y en todo caso después de los 2 años (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 18 febrero 2015).

- Hemos hablado anteriormente de que la 1ª instancia se alarga en demasía, como consecuencia de la práctica del informe psicosocial o de la lentitud de los trámites procesales. Resulta frecuente que las sentencias de la Audiencia hagan referencia al largo tiempo transcurrido desde la ruptura de la pareja hasta que llega el momento de dictar sentencia en la 2ª instancia. El hecho de que se valora la edad no en el momento de recaer la sentencia, sino en el momento de producirse la ruptura de la convivencia, habitualmente redundo en beneficio del mantenimiento de la custodia exclusiva de la madre. Es la corta edad, unido al hecho de que desde la ruptura haya permanecido con la madre, lo que inclina la balanza en contra de la custodia compartida, para favorecer la estabilidad del menor. Así se dice que la escasa edad de la menor (tenía 1 año cuando se dictó auto de medidas provisionales) aconseja que se mantenga bajo la custodia exclusiva de la madre (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 30 de septiembre de 2014). En el mismo sentido SAP Santa Cruz de Tenerife, de 1 de julio de 2015, donde la menor tiene 2 años cuando recae sentencia en

procedimiento de guarda y custodia, pero permanecía con la madre desde los 10 meses.

- Pero también se mantiene a favor de la madre cuando cuentan con 15 y 9 años (SAP Donostia-San Sebastián 22 julio 2013)

Otras sentencias, sin embargo, consideran que la edad es irrelevante para la custodia compartida no pudiendo excluirse por éste motivo (SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) de 27 julio 2015; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 11 junio 2013).

En algunas ocasiones el propio informe psicosocial aconseja un período progresivo que, tras una fase de custodia exclusiva con progresiva ampliación del régimen de visitas, dé paso a la custodia compartida, lo que exigirá una posterior reevaluación del juez (SAP Madrid de 11 de noviembre de 2014 - confirmada por la STS de 20 de abril de 2016-). Resulta habitual fijar un plazo a dicho período transitorio, que finalizará cuando los hijos alcanzan una determinada edad (SAP Madrid de 25 de febrero de 2014, donde la propia sentencia de divorcio preveía el cambio a la custodia compartida cuando la hija cumpliera 4 años; SAP Madrid de 29 de mayo de 2015, donde se establece que cuando la niña cumpla 8 años, regirá la custodia compartida; SAP Valencia de 23 de septiembre de 2015, cuando cumpla 5 años -confirmada por STS de 17 de enero de 2017-).

F. Informe del Ministerio Fiscal

En todos los casos se las Audiencias se refieren a la STC 185/2012 que consideró inconstitucional el inciso de “favorable”. El informe del Ministerio Fiscal no es un factor decisivo y se concede la custodia compartida aunque el informe del Ministerio Fiscal apoye la pretensión de la madre de una custodia exclusiva a su favor, porque se cumplen las condiciones para una compartida.

Sí se tiene en cuenta no obstante, pero siempre fundamentando la decisión en otros criterios, para reforzar la decisión adoptada por el juez.

G. Problemas de conciliación de vida familiar y laboral. Infraestructura adecuada

Se observa una tendencia, cada vez mayor, a reconocer custodia compartida aunque existan horarios amplios de la jornada laboral o aunque uno de los padres no tenga empleo y el otro sí, tratando de no penalizar al que tiene empleo. Sin embargo, todavía hoy puede apreciarse una distinta valoración de los factores en juego:

Favorece a la custodia compartida:

- que ambos progenitores por su trabajo puedan organizarse para atender al menor (SAP Murcia Sección 4º de 24 de abril de 2014; SAP Murcia Sección 4º de 21 de abril de 2014; SAP Murcia Sección 4º de 3 de enero de 2014; SAP Murcia Sección 4 de 16 de octubre de 2014; SAP Oviedo Sección 6 de 18 mayo 2015; SAP Oviedo Sección 6 de 9 junio 2014; SAP Vitoria Gasteiz (Sección 1) 27 octubre 2014; SAP Bilbao (Sección 4) 3 marzo 2014)

- que ambos progenitores estén muy implicados en el cuidado de la menor y dispongan de medios materiales y apoyo familiar suficiente (SAP Oviedo Sección 6 de 20 octubre 2014; SAP Oviedo Sección 6 de 25 julio 2014)

- que el padre se haya esforzado en aumentar su disponibilidad: por ejemplo trasladando su domicilio (SAP Bilbao (Sección 4) 6 octubre 2015; SAP Bilbao (Sección 4) 22 enero 2014); cambiando su jornada laboral (SAP Bilbao (Sección 4) 8 octubre 2014); disponiendo de tiempo (SAP Bilbao (Sección 4) 26 junio 2014) renunciando a su segunda ocupación laboral (SAP de Cáceres de 31 de octubre de 2014). Se tiene en cuenta que el trabajo del padre le permita organizarse y no le impida una atención y dedicación razonable y adecuada al cuidado y necesidades de la menor (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 17 marzo 2015), que no se lo impida (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 12 diciembre 2014; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 3 diciembre 2014). Resulta muy positiva la flexibilidad que le permite su profesión (SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 27 julio 2015; SAP Bilbao (Sección 4) 22 enero 2014; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 11 septiembre 2013)

- que ambos progenitores hayan rehecho sus vidas, por lo que contarán con más apoyos familiares (SAP Bilbao, Sección 4, 17 octubre 2013). Por el contrario, la SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 18 julio 2013, deniega la custodia compartida concedida en primera instancia porque valora negativamente que el padre haya rehecho su vida, pues ello supone que el padre no sólo va a tener que dedicarse al cuidado de sus hijos, sino también a los hijos de su compañera sentimental.

- que no existan problemas de tipo económico por parte de los progenitores, pues cada uno tiene una vivienda (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 11 junio 2013)

No favorece a la custodia compartida:

- Cuando no existe la misma flexibilidad por ambas partes, se valora que la madre tenga más disponibilidad de tiempo (SAP Murcia Cartagena Sección 5º de 16 de junio de 2015; SAP Murcia Cartagena Sección 5º de 5 de mayo de 2015; SAP Sección 4 Murcia 20 diciembre 2013; SAP Palma de Mallorca

(Sección 4) 17 noviembre 2014; SAP Oviedo (Sección 6) 16 sep. 2013; SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 22 julio 2013; SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 9 julio 2013)

- En la SAP Madrid de 15 de diciembre de 2015, se valora que el padre no tenga una infraestructura adecuada al ejercicio de la custodia compartida, de modo que en el caso de resultarle imposible la estancia con los menores, debería recurrir a la madre (se deniega la custodia compartida, pese a que la Sala reconoce la fuerte implicación del padre).

- Si es imposible conciliar la vida laboral y familiar con la modalidad de custodia compartida, por los horarios laborales del padre (SAP Oviedo Sección 6 de 16 noviembre 2015; SAP Bilbao (Sección 4) 30 septiembre 2013). Sin embargo la SAP Oviedo Sección 4 de 23 noviembre 2015 tiene en cuenta si esas dificultades existían ya durante la convivencia. En el caso analizado el padre es marino mercante y esa actividad laboral la desarrollaba con antelación a contraer matrimonio y a tener la niña lo cual no supuso inconveniente para que los litigantes decidieran tener descendencia, tampoco puede ello ser obstáculo para conceder la custodia compartida.

- Que la madre tenga un trabajo estable y el padre no (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 20 noviembre de 2013)

- Se observa que determinados trabajos como los militares generan más problemas de conciliación de la vida familiar y laboral. Aunque el padre pretenda solicitar en un futuro la reducción de jornada se considera por la Sala que esta es una previsión de futuro aún no materializada por lo que no se concede dicha custodia compartida ya que la función militar dificulta la atención a los menores (SAP de 25 de julio de 2014).

Otro grupo de sentencias considera que carecen de relevancia las siguientes circunstancias:

- Las dificultades para conciliar la vida laboral y familiar no pueden ser obstáculo para acordar la custodia compartida (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 7 mayo de 2013; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 1 junio 2015; SAP Oviedo Sección 4 de 14 junio 2013; SAP Gijón Sección 7 de 6 mayo 2014)

- La mayor disponibilidad de tiempo de la madre, no inclina la decisión hacia la custodia exclusiva, porque es circunstancial: (SAP Gijón Sección 7 de 11 junio 2014; SAP Bilbao (Sección 4) 30 marzo 2015)

- La mayor disponibilidad de tiempo de la madre porque durante el matrimonio se hubiera acordado que la madre procedería a reducir el horario laboral si ahora los hijos ya cuentan con 10 y 8 años (SAP "Donostia-San Sebastián (Sección 3) 9 diciembre 2014)

Cada vez es más importante el papel de los cuidadores externos. Se aprecian muchas diferencias en la manera de valorar la necesidad de ayuda externa de familiares, amigos o cuidadores. En algunos casos se considera sintomático de que no puede el progenitor conciliar, pero en otros la conclusión es la contraria. Así, algunas sentencias valoran quién tiene mayor red de apoyo de colaboradores para atribuirle la custodia exclusiva (SAP Murcia Sección 5 de 5 de noviembre 2013; SAP Murcia Sección 4 de 18 de julio 2013). Otras consideran que no perjudica a la concesión de la custodia compartida el recurso a cuidadores, a terceras personas, ya que es muy normal en las familias actuales que los hijos queden al cuidado de terceras personas durante el tiempo en el que los progenitores desarrollan su actividad profesional (SAP de 7 de octubre de 2013; SAP Madrid de 21 de mayo de 2014, SAP Madrid de 28 de junio de 2013; SAP Murcia Sede Cartagena. Sección 5 de 5 de junio de 2014; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 23 diciembre 2015; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 7 mayo de 2013; Gijón Sección 7 de 22 abril 2015; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 17 marzo 2015; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 12 diciembre 2014; SAP Melilla (Sección 7) 16 noviembre 2015). En algún caso extremo el recurso a cuidadores externos revela que existe una dejación de funciones por el padre revele una dejación de funciones por el padre. Así, en la SAP Madrid de 18 de diciembre de 2015 se valora el hecho de que el padre, durante el tiempo que tenía disponible, no permanecía con su hijo, sino que delegaba en cuidadores, lo que lleva a la Sala a rechazar el cambio de la modalidad de custodia. También en alguna ocasión, el padre podría solicitar el cambio de horarios para poder estar por las tardes con los hijos. El que no lo haga y se limite a alegar que va a contar con el apoyo de los abuelos, revela su falta de interés en la custodia compartida, ya que "una verdadera custodia compartida supone no un mero reparto del tiempo de custodia, sino una implicación en la vela de los hijos, y en este caso no existe intento alguno de conseguir la conciliación de la vida laboral, sino un aquietamiento a un sistema de guarda que en realidad supondría el reparto de la guarda de los hijos entre la madre y los abuelos, no entre la madre y el padre." El interés real del padre es ahorrar gastos por medio de la custodia compartida (SAP Las Palmas de Gran Canaria, de 6 de abril de 2015, Rec. 784/2014)

- Interesa destacar la SAP Palmas de Gran Canaria de 9 de julio de 2014 porque considera que la custodia compartida facilitará la conciliación de la vida familiar y laboral de la madre.

Una cuestión especialmente importante es que, tras la ruptura, la situación económica de la pareja puede empeorar, de forma que sólo en algunos casos cada progenitor podrá aportar una vivienda. Normalmente, ante la falta de recursos, uno de los progenitores volverá al domicilio de sus padres. Este no debe ser inconveniente para la concesión de la custodia compartida. Por

ejemplo, en la SAP Cuenca de 4 de abril de 2014, influye en el reconocimiento de la custodia compartida, el que quedase acreditado que la hija no convivía con el padre en la vivienda sobre cuyo lamentable estado se aportaban fotografías, sino que constaba que la menor cuando estaba en compañía de su padre era en casa de sus abuelos paternos, siendo esta vivienda una segunda residencia. Sin embargo, en la SAP Sección 5º Murcia Sede Cartagena de 16 de junio de 2015, el informe psicosocial, asumido por la Sala, valoró de forma negativa para conceder la custodia compartida, el que las pernoctas se hicieran en la casa de los abuelos paternos, lo que no se consideró beneficioso para los menores.

H. Existencia de un cuidador “principal” durante la convivencia

Cuando se tiene en cuenta, que no es en una mayoría de casos, tiene mucho peso y siempre se relaciona con la sensación de estabilidad y seguridad del menor. Cuando el padre ha estado normalmente presente en la vida del menor antes y/o durante la ruptura se le cree capacitado para su cuidado y además beneficioso para el menor que continúe dicha situación. Está muy relacionado con el criterio del mantenimiento del *statu quo*.

Favorece a la custodia compartida:

- Que el menor haya convivido con el padre (SAP Murcia Sección 4º de 21 de marzo de 2014)

- La mayor dedicación del padre durante la convivencia (SAP Bilbao (Sección 4) 6 marzo 2014).

- Que ambos progenitores se hayan implicado en la crianza del menor (SAP Murcia Sección 4º de 3 de enero de 2014; SAP Murcia Sección 5 de 13 de junio 2013; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 5 mayo de 2013; SAP Oviedo (Sección 1) de 25 noviembre 2015) aun con la ayuda de sus respectivos familiares (SAP Madrid de 26 de diciembre de 2014, SAP de 2 de diciembre de 2014, SAP Madrid de 15 de diciembre de 2015).

No favorece a la custodia compartida:

- La despreocupación del padre, que ni siquiera conocía a la tutora de sus hijos y que normalmente era la madre quien iba al Colegio (SAP Murcia Sección 4 de 12 de junio de 2014; SAP Sección 4 de 26 de febrero de 2014.; SAP Murcia Sección 5 de 5 de noviembre 2013; SAP Palma de Mallorca, Sección 4, 17 noviembre 2014), siendo ella quien se ocupó de los hijos durante la convivencia prácticamente en exclusiva (SAP Donostia-San Sebastián, Sección 3, 22 julio

2013; SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 9 julio 2013, la SAP Vitoria-Gasteiz, Sección 1, 7 junio 2013; SAP Logroño, Sección 1, 11 sept 2015).

- El padre demuestra interés por los hijos sólo después de la ruptura (SAP Madrid de 21 de abril de 2015, SAP Madrid de 9 de abril de 2014).

- La desatención del padre, (SAP Murcia Sección 4 de 4 de julio 2013.), pues cuando el menor convivía con su padre, se encontraba totalmente desatendido, ya que el padre no atendía las labores domésticas y se ausentaba del domicilio durante períodos prolongados, siendo la madre la encargada de limpiar la casa y atender las labores del hogar (SAP Murcia Sección 4 de 22 de mayo de 2014; SAP Murcia Sección 4 de 6 marzo de 2014; SAP Sección 4 de 26 de febrero de 2014) o por lo menos en mayor medida (SAP Murcia Sección 4 de 3 de enero de 2014; SAP Murcia Sección 5 de 5 de noviembre 2013; SAP Logroño, Sección 1,12 marzo 2014)

- El incumplimiento del régimen de visitas (SAP Murcia Sección 4 Murcia de 18 de julio 2013)

- Un caso especial se recoge en la SAP Madrid de 14 de abril de 2014 - confirmada por la STS de 17 de julio de 2015-, ya que la ruptura se produjo cuando la madre estaba embarazada, por lo que difícilmente la Sala puede valorar la práctica anterior de los progenitores, ya que la menor no iba a retornar al modelo anterior, sino que sería iniciarlo *ex novo*. Ello explica que la hija, tras la exploración, diga que está cómoda con ambos, pero que le gusta vivir como actualmente con su madre, como siempre ha hecho, pues cuando se separaron sus padres “ella estaba en la tripita de su mamá”.

Para un último grupo de sentencias carecen de relevancia las siguientes circunstancias:

- El hecho de que antes de la ruptura la madre fuera la que de manera casi exclusiva atendiera directamente a los hijos, mientras que el padre se dedicaba a trabajar fuera de la casa, pues ello era consecuencia de una distribución de tareas mutuamente aceptada por las partes (SAP Murcia Sección 4 de 16 de octubre de 2014; SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 27 julio 2015.; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 22 abril 2014; SAP Bilbao (Sección 4) 8 octubre 2014; SAP Bilbao (Sección 4) 10 septiembre 2014; SAP Bilbao (Sección 4) 27 febrero 2014; SAP Bilbao (Sección 4) 22 enero 2014; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 11 septiembre 2013)

I. Aportación de un Plan de parentalidad

Aparece todavía en pocas sentencias. Se aconseja la elaboración de un plan de parentalidad cuando la Sala no concedió la custodia compartida por alternancias anuales, considerando que la solicitud de esta medida debería venir precedida de un plan contradictorio sobre la forma de su ejercicio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas y que las situaciones son muy cambiantes tanto en lo económico como en lo personal, psicológico, emocional y social (SAP de 6 de marzo de 2014).

Su ausencia se valora de forma desfavorable para conceder la custodia compartida (SAP Oviedo, Sección 1, 11 julio 2014; SAP Madrid de 13 de febrero de 2015; SAP Madrid de 21 de abril de 2015 -confirmada por la STS de 20 de abril de 2016-; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 20 de octubre de 2014). En la SAP de Cáceres de 17 de junio de 2015 la Sala concluye que realmente el padre no tiene verdadero interés en la custodia compartida sino en la reducción de la pensión de alimentos. Prueba de ello es que el actor omite la forma y modo en la que se debería llevar a efecto el régimen de guarda y custodia compartida, lo que prueba el escaso interés que tiene en el mismo.

También se valora desfavorablemente, si se presenta un plan que no es viable jurídicamente: el plan presentado en la SAP Oviedo, Sección 6, de 9 junio 2014, no lo era, porque el padre pedía la custodia compartida y que se le atribuyera a él la uso de la vivienda familiar pero dicho modelo comportaría que los hijos tendrían que abandonar el domicilio familiar cuando les correspondiera estar en compañía del otro progenitor y ese planteamiento es frontalmente contrario a lo dispuesto en el artículo 96 del CC. También si se presenta un plan que no es viable económicamente (SAP Oviedo Sección 5 de 3 junio 2013). La SAP Donostia-San Sebastián 22 julio 2013, mantiene la custodia a favor de la madre y señala que no puede vehicularse la custodia compartida con la venta de la vivienda.

J. Mantenimiento del *status quo*

Existe una fuerte tendencia a mantener –a “petrificar”, parafraseando al Tribunal Supremo- el régimen pactado o establecido en medidas provisionales o en convenio regulador, o la situación fáctica que nació tras la ruptura, ya sea de custodia exclusiva o compartida, cuando se acredita que ha venido funcionando sin problemas y se considera que el menor se siente seguro. Es llamativo el hecho de que el buen funcionamiento del sistema que primero existió en el tiempo, conduzca a la conclusión, sin más prueba, de que sea el único o incluso el más beneficioso. Como excepción, algunas sentencias, como la SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 15 octubre 2014, considera que lo adoptado en medidas provisionales se trataba, sin duda, de un régimen transitorio, a la espera de lo que se resolviera judicialmente (También SAP Vitoria-Gasteiz, Sección 1, 11 septiembre 2013; SAP Cáceres de 31 de octubre de 2014).

En los procesos de divorcio y guarda y custodia, al primar tanto el mantenimiento del *status 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 *status quo*), realmente no analizan la necesidad o no de la custodia compartida, sino que se limitan a valorar las ventajas del mantenimiento del *status quo*.

K. Existencia de un régimen de custodia compartida *de facto* y conveniencia de cambiarle el nombre.

Se reconoce la custodia compartida:

- Se considera que es necesario dar el nombre jurídico que corresponde, reconociendo la custodia compartida (SAP Murcia Sede Cartagena. Sección 5 de 5 de junio de 2014; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 23 diciembre; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 18 marzo de 2014; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 1 junio 2015; AP Oviedo Sección 6 de 20 octubre 2014; SAP Gijón Sección 7 11 junio 2014; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 3 diciembre 2014; SAP Vitoria Gasteiz (Sección 1) 27 octubre 2014; Bilbao (Sección 4) 10 septiembre 2014; SAP Bilbao (Sección 4) 21 mayo 2014; SAP Bilbao (Sección 4) 6 marzo 2014; SAP Bilbao (Sección 4) 8 octubre 2014; SAP Madrid de 13 de mayo de 2015, SAP Madrid de 13 de enero de 2015 –dice la sentencia que, partiendo de que este sistema está funcionando *de facto*, y que no se ha acreditado que ello supusiera algún perjuicio, riesgo o disfunción para el desarrollo psicoevolutivo de los menores, aconsejan dotar de mayor estabilidad al sistema del cuidado cotidiano del menor fijando así un ambiente mejor estructurado).

No se reconoce la custodia compartida:

- No se quiere cambiar de nombre por las implicaciones que ello tiene respecto de la pensión de alimentos y la vivienda, lo que puede enturbiar las relaciones entre los progenitores (SAP Murcia Sección 4 Murcia 7 de noviembre 2013; SAP Madrid de 29 de julio de 2013).

- No es necesario dar el paso a lo que se considera una medida drástica, la custodia compartida (SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 18 febrero de 2014; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 18 febrero de 2014; SAP Madrid de 21 de abril de 2015, SAP Madrid de 27 de marzo de 2016, SAP Madrid de 22 de diciembre de 2015; SAP Mérida de 2 de febrero de 2015, Rec. 300/2014)

- En ocasiones no se concede la custodia compartida y se considera que la sentencia de instancia ha de ser modificada en el sentido de reducir el régimen de visitas establecido, ya que en la práctica viene a acordar precisamente aquello que declara no ser beneficioso para el menor, es decir, una auténtica

custodia compartida no aconsejada por el informe pericial psicológico, y además con una gran dispersión y falta de continuidad entre los días en que el menor pernoctará con uno u otro de sus padres, llegando a convertirlo prácticamente, valga la expresión, más que en una custodia compartida en una especie de custodia itinerante o transeúnte (SAP de 26 de febrero de 2014)

- No se reconoce por miedo a asumir la incertidumbre del cambio (SAP de 30 de octubre de 2015 –ha sido casada por STS de 9 de marzo de 2016)

- Se alega por la Audiencia que los nombres son importantes, y más en estas materias. No se puede confundir -según se ha expuesto- corresponsabilidad total con *ius uisitandi* extenso (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 20 de octubre de 2014).

L. Error en el *petitum*

En la SAP de Cáceres de 18 de mayo de 2015 (Rec.202/2015) se deniega la modificación de medidas, porque realmente el padre no pide custodia compartida, sino una ampliación del régimen de visitas. Insiste la Sala en que la custodia compartida debe ser por un mínimo de una semana.

M. Es un procedimiento de modificación de medidas definitivas ¿existe variación sustancial de las circunstancias?

- Resulta habitual mantener el régimen de custodia exclusiva acordado en el proceso de origen, con el argumento de que dicho sistema ha funcionado bien (SAP Madrid de 24 de febrero de 2015 -casada por la STS de 29 de marzo de 2016-). Llama la atención que en algunas ocasiones la Sala no aprecia que haya habido una variación sustancial de los hechos y sin embargo, una variación en las circunstancias laborales y materiales del padre sí se tengan en cuenta para mantener la custodia exclusiva, pero ampliando los períodos de estancia con el padre (SAP Madrid de 24 de febrero de 2015).

- La edad de los hijos no es un factor relevante que justifique la modificación de la guarda y custodia, porque era una circunstancia previsible en el pronunciamiento contenido en la sentencia de divorcio (SAP Madrid de 13 de febrero de 2015, SAP Madrid de 1 de diciembre de 2015). Esta interpretación se ha rechazado por el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de mayo de 2016, que aunque confirma la SAP Madrid de 13 de febrero de 2015, rechaza este argumento jurídico: “La sentencia recurrida contradice la doctrina de la Sala que se ha expuesto, al negar relevancia al cambio de circunstancias alegadas por el recurrente, por entender que no tienen entidad suficiente para justificar la modificación del régimen de guarda y custodia de los hijos. Se ha de tener en cuenta que los hijos tienen, al solicitarse la modificación de la medida, 4 y 7

años respectivamente, esto es, dos más que cuando se dictó la sentencia de divorcio el 18 de febrero de 2011.

- Se valora el tiempo transcurrido desde el proceso donde se acordó la custodia exclusiva y la presentación de demanda de modificación de medidas (SAP Madrid de 24 de marzo de 2015 - confirmada por STS de 9 de marzo de 2016- donde sólo había transcurrido un año desde que fue aprobada la propuesta de convenio, por lo que se deniega el cambio). Se considera escaso el paso de 9 meses desde que la sentencia de divorcio por mutuo acuerdo aprobó el convenio regulador que reconocía la custodia exclusiva a una de las progenitoras (SAP Palmas de Gran Canaria, de 13 de septiembre de 2013). De “sólo unos meses antes” se habla en la SAP Santa Cruz de Tenerife, de 14 de mayo de 2014 (Rec. 123/2013). En la SAP de Cáceres de 17 de junio de 2015 donde se valora de forma negativa que sólo hubiera transcurrido 1 año, considerándose que en tan corto periodo de tiempo no se había producido modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta por las propias partes hacía tan poco tiempo. Un año después, el padre vuelve a solicitar modificación de medidas y la respuesta, tanto de la 1ª instancia como de la AP es la misma, si bien amplía el régimen de visitas. En esta misma sentencia se concluye que realmente el padre no tiene verdadero interés en la custodia compartida sino en la reducción de la pensión de alimentos. Prueba de ello es que el actor omite la forma y modo en la que se debería llevar a efecto el régimen de guarda y custodia compartida, lo que prueba el escaso interés que tiene en el mismo. Se considera significativo el paso de 7 años y se valora positivamente para dar el paso a la custodia compartida (SAP Cáceres de 9 de diciembre de 2014-cuando los padres pactaron el convenio la niña tenía sólo 11 meses y ahora tiene 8 años).

- En ocasiones, el padre solicita modificación de medidas porque ambas partes han estado de acuerdo, de forma extrajudicial, en ir flexibilizando el régimen de custodia exclusiva a favor de la madre, con una ampliación del régimen de visitas. Algunas sentencias consideran que se ha producido una variación sustancial (SAP de Alicante de 2 de mayo de 2013; SAP Palmas de Gran Canaria de 11 de julio de 2014; SAP Madrid de 19 de junio de 2015; SAP Murcia Sección 5 Murcia 13 de junio 2013; SAP Palma de Mallorca (Sección 4) 15 octubre 2015). En otras, sin embargo, se mantiene la custodia exclusiva con el argumento de que no se puede equiparar un régimen de visitas amplio de hecho, con el cambio de custodia (SAP Santa Cruz de Tenerife de 16 de julio de 2013; SAP Madrid de 22 de diciembre de 2015) o con base en el informe psicosocial que hace hincapié en el hecho de que a raíz de la presentación de la demanda de modificación de medidas, la situación entre los padres se hizo más conflictiva, implicando en ello a la hija (SAP Madrid de 23 de abril de 2014 -casada por la STS de 17 de noviembre de 2015, que, precisamente, valora que las propias partes hubiesen flexibilizado mucho la custodia exclusiva de la madre, evolucionando hacia un régimen muy parecido a la custodia compartida). También deniega la custodia compartida la SAP Madrid de 21 de noviembre de 2013 debido a la falta de acuerdo de los padres respecto de la forma de concretarla, lo que le lleva a sospechar que lo que realmente interesa a los padres es el uso de la vivienda familiar. Sin embargo,

esta sentencia ha sido casada por STS de 22 de octubre de 2014, que ve en el hecho de que los padres de común acuerdo hayan flexibilizado el régimen de custodia exclusiva, una prueba de la armonía existente entre ellos.

- Sí ha habido variación sustancial al cambiar el padre de profesión y, en consecuencias, sus horarios (SAP de Alicante de 2 de mayo de 2013).

- El deseo de la hija de pasar más tiempo con su padre, no es cambio sustancial de hecho ni objetivo de circunstancia, que pueda prevalecer frente a la realidad de que la madre está ejerciendo la guarda y custodia en su día concedida a su favor (SAP Madrid de 23 de abril de 2014; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 14 de mayo de 2014; SAP Palmas de Gran Canaria, de 10 de septiembre de 2014). El deseo del hijo de estar más tiempo con el padre, como mucho se tiene en cuenta para ampliar el régimen de visitas. En el convenio regulador del divorcio, no se tuvo en cuenta ni la edad ni el futuro deseo del hijo, como factores que podrían provocar en el futuro un cambio de régimen (SAP Madrid de 21 de marzo de 2014). Sin embargo, en la SAP Palmas de Gran Canaria, de 24 de abril de 2015 es determinante el deseo manifestado por la menor en la exploración judicial, de 12 años de edad, de estar más tiempo con su padre y con sus nuevos hermanos –“el deseo de la menor de pasar más tiempo con su padre sea simplemente materialista, esté mediatizado o que la menor no tenga suficiente madurez para exponer las razones de dicho cambio”.-

- Interesa destacar la SAP Santa Cruz de Tenerife de 2 de septiembre de 2013 ya que no sólo considera que el cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo es un dato relevante para que se produzca una modificación de medidas definitivas, sino que llega a decir que el no admitirlo podría ser discriminatorio: “la exigencia rígida de una alteración de circunstancias impide aplicar los nuevos criterios jurisprudenciales a los progenitores que ya tenían medidas de custodia exclusiva o no compartida, con lo que sólo quedarían como beneficiarios de esta nueva tendencia los padres que se hubieran divorciado o separado tras esta nueva doctrina, marginando a los otros de suerte que esta discriminación entre unos padres y otros, impidiendo a unos la aplicación de una nueva línea jurisprudencial simplemente porque ésta no existía cuando se fijaron las condiciones de la separación, divorcio o ruptura, implicaría una **discriminación no razonable** en los términos de la jurisprudencia constitucional (STCo. 171/89 , entre tantas), teniendo en cuenta el relevante hecho de que no opera la cosa juzgada material (art. 222 LECv.) en los procedimientos judiciales de esta clase (arts. 84 y 90.f, penúltimo párrafo, del Código Civil y 775.1 LECv.) cuya naturaleza permite la modificación de las medidas adoptadas.” En sentido contrario, se considera que el cambio de jurisprudencia no implica un cambio en las circunstancias existentes en el momento en que se produjo el acuerdo de ambos progenitores para que la custodia fuera exclusiva para la madre (SAP Palmas de Gran Canaria, de 30 de enero de 2015). Tampoco la Audiencia Provincial de Madrid valora el cambio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional como un factor para apreciar que se ha producido una variación sustancial de

los hechos (SAP Madrid de 13 de febrero de 2015, SAP Madrid de 21 de noviembre de 2013, SAP Madrid de 18 de diciembre de 2015 –ni siquiera el cambio legislativo supondría una variación sustancial-). Como es bien sabido, este argumento ha sido rechazado por el Tribunal Supremo en sentencias de 3 de mayo de 2016 y 22 de octubre de 2014, considerando que “tales circunstancias justifican suficientemente que pueda pretenderse, al tiempo en que se interesa, una modificación del régimen de guarda y custodia de los hijos, por entenderse que el escenario contemplado en su día se ha modificado de forma relevante”.

- El hecho de que el progenitor que solicita la custodia compartida tenga hijos de una segunda relación no supone variación ninguna de las circunstancias (SAP Palmas de Gran Canaria, de 30 de enero de 2015 –de hecho, el padre está incumpliendo el régimen de visitas, porque necesita atender al cuidado de sus dos hijos, ya que la mujer trabaja-). En sentido contrario, se considera que se ha producido una alteración sustancial por el nacimiento una nueva hermana en el núcleo familiar paterno, dada la perfecta integración de la menor en el mismo (La SAP Gijón Sección 7 de 28 abril 2014)

- La actitud obstruccionista de la madre para el cumplimiento del régimen de visitas, supone una alteración sustancial de las circunstancias (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 13 de enero de 2015).

N. Interés del solicitante que se infiere de su actuación procesal

La actuación procesal de los padres puede ser reveladora de su auténtico interés. Nos referimos al momento en que se solicita la custodia compartida (en la contestación a la demanda, en el momento de la vista, sólo cuando tras funcionar sin problemas la custodia exclusiva, la madre solicita el divorcio, el tiempo que se ha dejado transcurrir desde que se produjo la variación de circunstancias que podría haber justificado una modificación de medidas).

- Hay que solicitar la guarda y custodia compartida en el momento procesal oportuno que es en el momento de contestación a la demanda (SAP Santa Cruz de Tenerife; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 20 de octubre de 2014; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 24 de septiembre de 2014; SAP Santa Cruz de Tenerife de 25 de marzo de 2015; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 8 de abril de; SAP Santa Cruz de Tenerife, de 17 de septiembre de 2015; SAP Madrid de 26 de julio de 2013, SAP Madrid de 4 de febrero de 2014). Se insiste en que quien pide lo más (guarda y custodia exclusiva) no pide lo menos (guarda compartida), ya que se trata de peticiones cualitativamente distintas, claramente diferenciadas, exigiéndose además legalmente que haya petición específica por alguna de las partes del régimen de custodia compartida. Es claro que el planteamiento de la parte no es el mismo si se va a oponer a una petición de guarda y custodia exclusiva del otro progenitor que si se va a oponer, únicamente, o también, a una petición de custodia compartida (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 24 de septiembre de 2014).

- Sin embargo, aun presentándose en la contestación a la demanda, se considera que es una especie de “venganza” del progenitor que ha consentido en la custodia exclusiva, ya sea en medidas provisionales o en convenio regulador, y sólo cuando el otro progenitor presenta demanda de divorcio o de medidas paterno-filiales, solicita la custodia compartida. En la SAP Palmas de Gran Canaria, de 5 de diciembre de 2013 basándose, entre otros motivos en que el padre había consentido la custodia compartida *de facto* tras la separación, pese a conocer los problemas de alcoholemia de la madre, y sólo a raíz de la presentación de la demanda por la madre, fue cuando pidió la custodia exclusiva para él (también, SAP Palmas de Gran Canaria, de 15 de diciembre de 2014).

- La Sala considera que no es circunstancia suficiente para modificar el régimen la sola circunstancia de haber trasladado el demandante su domicilio a una vivienda próxima y ubicada en la misma localidad en que tiene su domicilio la demandada, cuando ello, según el propio demandante, tuvo lugar en el año 2.008, lo que demuestra que no se ha interesado sino hasta casi seis años después la modificación en régimen de custodia de la menor. (SAP de 8 de mayo de 2015).

- En atención a los razonamientos aportados por el padre cuando solicita la custodia compartida, la Sala considera que hay una incoherencia en el *petitum*, porque solicita la custodia compartida y no el régimen de visitas cuando tiene un difícil horario laboral y además si lo que pretende el recurrente es poner a salvo a los menores de las supuestas discusiones de su ex mujer y la pareja de la misma es evidente que la custodia compartida no es la solución pues seguirían viviendo en los periodos que les correspondieran con su madre y si considera que corre peligro la integridad o seguridad de sus hijos debería interesar en su caso un cambio. (SAP de 1 de julio de 2014).

- Sin embargo, se valora muy favorablemente para conceder la custodia compartida el hecho de que hubiera sido el padre quien acudió al Juzgado para resolver y organizar la situación que se había creado con la ruptura de la convivencia, pidiendo la custodia compartida y quien acudió a mediación no haciéndolo la madre (SAP Madrid de 10 de diciembre de 2015).



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

BIBLIOTECA DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
C/ Serrano, 9. 28001 Madrid
Tfno.: 917889381



I. COL
LEGI