

MATRIMONIO. La custodia compartida. La ignorancia por una Audiencia Provincial de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la custodia compartida pone en riesgo la seguridad jurídica.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha dictado una sentencia de fecha 29 de marzo de 2016 (sentencia número 194/2016, ponente señor Seijas Quintana), en la que, a la vez que reitera su la doctrina sobre que la custodia compartida de los hijos menores debe ser el sistema “normal y deseable” tras la separación de los progenitores, llama la atención a la Audiencia Provincial sobre el riesgo que supone para la seguridad jurídica desoír esta jurisprudencia, pues se trata de una materia necesitada de una interpretación homogénea..

Según la Sala, la sentencia de 24 de febrero de 2015 de la Sección 22.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid "ciertamente, desconoce, como si no existiera, la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares”.

La sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto contra el pronunciamiento de la sentencia de la AP Madrid que niega al actor la guarda y custodia compartida con su esposa de su hijo menor, en demanda de modificación de medidas tras la anterior sentencia de divorcio en la que se estableció la guarda y custodia en favor de la madre y un régimen de visitas en favor del padre, que la sentencia recurrida amplía.

Consta acreditado, dice la sentencia, “que el recurrente, en razón de su profesión, guardia civil, tiene horario solamente de mañana, hasta las 15 horas, y en estas circunstancias la sentencia se ha hecho eco de la actual situación para propiciar la convivencia del padre con el menor desde el jueves hasta el

lunes, en semanas alternas, así como dos tardes entre semana, en aquella semana que aquél no tenga atribuido el periodo antes indicado, de jueves a lunes, y, además, se establece también, además de la tarde del miércoles, la tarde del jueves”.

En estas circunstancias, añade, “carece de fundamento la formal pretensión relativa a la guarda y custodia compartida que plantea el padre, y, por ende, no hay motivos para denegar ahora a aquel este sistema de convivencia ahora fijado en la sentencia apelada, y por cuanto que se ha acreditado que las concretas circunstancias laborales y materiales que concurren en el recurrente permiten afrontar las obligaciones que se derivan de dicha convivencia de aquel con el menor, todo lo cual determina la desestimación del recurso y de la impugnación”.

Los argumentos de la Sala se pueden estructurar de la siguiente manera (los subrayados son nuestros):

Ignorar la doctrina del TS pone en evidente riesgo la seguridad jurídica

“Segundo. (...) en el presente caso, en el motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal, bajo la denuncia por falta de motivación, lo que realmente se impugna son las conclusiones obtenidas por la sentencia recurrida sobre la guarda y custodia compartida. Es más, bastaría con analizar el recurso de casación para, sin alteración de los hechos, justificar una repuesta distinta sobre dicho sistema. La sentencia, ciertamente, desconoce, como si no existiera, la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares. Pero más allá de este desconocimiento de la jurisprudencia y de un escaso o nulo esfuerzo en incardinar los hechos que se ofrecen por ambas partes en alguno de los criterios reiteradamente expuestos por esta Sala sobre la guarda y custodia

compartida, se conoce perfectamente el razonamiento que lo niega y que es, en definitiva, lo que justifica el interés casacional del recurso de casación, que también se formula, por oponerse a la jurisprudencia de esta Sala. (...)

El FD Tercero de la sentencia establece:

“En dos motivos denuncia la infracción del artículo 92.5, 6,7 y 8 por oponerse a la doctrina jurisprudencial que establece que probada la capacidad suficiente de ambos progenitores para atender al menor y resulta beneficioso para el mismo, como acredita el amplio régimen de visitas acordado, sin embargo se deniega el régimen solicitado. La sentencia, señala, aplica de manera incorrecta el interés del menor con vulneración de la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, relativa a que siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de tal sistema, hay que acordarlo por cuanto es la mejor manera de proteger al mismo.

Y así es, en efecto. Es cierto que algunas resoluciones de esta Sala han denegado este régimen de custodia pese al establecimiento en la instancia de un sistema amplio de comunicaciones de uno de los progenitores con los hijos. Se trata de resoluciones concretas en las que no era posible el tránsito de una guarda exclusiva a otra compartida con base a las circunstancias debidamente valoradas en la sentencia recurrida y siempre en interés del menor (lo que impide formular una doctrina concreta), a partir de una doctrina reiterada en el sentido de que en los casos en que se discute la guarda y custodia compartida solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio, 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo, 579/2011, de 22 julio, 578/2011, de 21 julio, 323/2012,

de 21 mayo y 415/2015, de 30 de diciembre). La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este" (STS 27 de abril 2012, citada en la STS 370/2013). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.

No es el caso. 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."

Y concluye su argumentación con esta referencia al tema:

"La interpretación del artículo 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 de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "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" (STS 25 de abril 2014).

Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013: "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar 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 sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (Sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013).

El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara" (STS 19 de febrero de 2016). (...)"

Según señala el presidente de la Asociación Europea de Abogados de Familia, el letrado Javier M<sup>a</sup> Pérez-Roldán y Suanzes-Carpegna, que además ha sido el abogado que ha llevado este caso, "esta sentencia es un nuevo avance en la protección de los menores al garantizarse la igualdad de sus padres varones en su crianza. Y es que va más allá de la jurisprudencia dictada hasta ahora cuando reconoce, literalmente, que la Audiencia Provincial está poniendo en serio riesgo la seguridad jurídica al desoír la jurisprudencia del Supremo, nuestra legislación nacional e internacional, y el interés del menor".

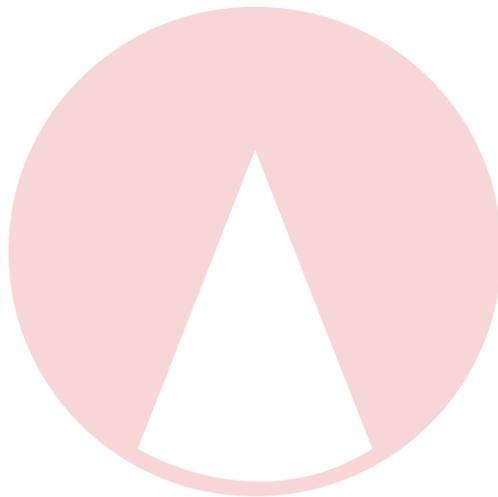
Y recuerda que llevan tiempo "denunciando que determinadas Audiencias Provinciales se han colocado en situación de "desobediencia civil" al ignorar constantemente la figura de la custodia compartida".

La Asociación señala que "esta sentencia cobra especial importancia por cuanto viene a reconocer cierto cansancio del Tribunal Supremo de tener que estar actuando casi como una tercera instancia, ante la constante inaplicación,



Alfredogarcialopez  
ABOGADOS

por muchos tribunales, de la doctrina fijada por el propio Alto Tribunal. No se puede entender de otra manera la referencia que hace al riesgo en que pone la Audiencia Provincial de Madrid a la seguridad jurídica”.



Alfredogarcialopez  
ABOGADOS



Alfredogarcialopez  
ABOGADOS





Alfredogarcialopez  
ABOGADOS





Alfredogarcialopez  
ABOGADOS





Alfredogarcialopez  
ABOGADOS





Alfredogarcialopez  
ABOGADOS



ABOGADOS



Alfredogarcialopez  
ABOGADOS



ABOGADOS

13

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO  
984 186 927  
984 081 875f  
[www.alfredogarcialopez.es/com](http://www.alfredogarcialopez.es/com)



*Alfredogarcialopez*  
ABOGADOS



ABOGADOS

14

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO  
984 186 927  
984 081 875f  
[www.alfredogarcialopez.es/com](http://www.alfredogarcialopez.es/com)



Alfredogarcialopez  
ABOGADOS



ABOGADOS

15

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO  
984 186 927  
984 081 875f  
[www.alfredogarcialopez.es/com](http://www.alfredogarcialopez.es/com)



Alfredogarcialopez  
ABOGADOS



ABOGADOS

16

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO  
984 186 927  
984 081 875f  
[www.alfredogarcialopez.es/com](http://www.alfredogarcialopez.es/com)



Alfredogarcialopez  
ABOGADOS



ABOGADOS

17

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO  
984 186 927  
984 081 875f  
[www.alfredogarcialopez.es/com](http://www.alfredogarcialopez.es/com)







Alfredogarcialopez  
ABOGADOS



ABOGADOS

20

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO  
984 186 927  
984 081 875f  
[www.alfredogarcialopez.es/com](http://www.alfredogarcialopez.es/com)



ABOGADOS



---

## ABOGADOS