

LA ALTERNANCIA Y CERCANÍA DE DOMICILIOS DE LOS
PROGENITORES COMO CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DE LA
CUSTODIA COMPARTIDA. COMENTARIO A LA STS NÚM. 495/2013,
DE 19 DE JULIO (EDJ 2013, 149996)

*THE ALTERNATION AND NEARNESS OF PROGENITOR HOME ADDRESS
AS CRITERIA OF SHARED CUSTODY ATRIBUTION. COMMENT ON STS NO.
495/2013, OF JULY 19 (EDJ 2013, 149996)*

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 584-595



Fabiola
MECO
TÉBAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de agosto de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: La cercanía de los domicilios de ambos progenitores y la alternancia de los menores en el domicilio del progenitor no custodio en régimen de visitas amplio son parámetros imprescindibles a considerar para determinar el régimen de custodia compartida, por asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, la estabilidad emocional y la formación integral del menor; así como por favorecer un modelo de convivencia similar al anterior a la ruptura matrimonial garantizando a los progenitores la corresponsabilidad en términos de igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos.

PALABRAS CLAVE: Custodia compartida, interés del menor, cercanía de domicilios, alternancia, corresponsabilidad parental y modificación de medidas.

ABSTRACT: The nearness of both progenitors place of residence and the alternation of the minor in the non-custodian progenitor place of residence in visits regime are essential factors to take in consideration to determine the regime of shared custody, to assure correct evolutive development, emotional stability and integral formation of the minor; and to promote a model of coexistence similar to the one previous to the matrimonial break up, guaranteeing the corresponsability in terms of conditions equality in the development and growth of the kids.

KEY WORDS: Shared custody, minor interest, nearness of home address, alternation, parental corresponsability and change of measures.

SUMARIO: I. Una aproximación: la falacia de la ecuación custodia compartida igual a desprotección de los llamados “niños maleta”.- II. Sobre las “circunstancias relevantes” para determinar el régimen de custodia compartida.- I. La proximidad entre los domicilios de los progenitores.- A) Yo a Boston y tú a California.- B) La familia extensa y su apoyo al menor.- C) La estabilidad del menor.- 2. La alternancia de los menores en los domicilios de los progenitores.- III. Conclusión: El interés del menor como cláusula de salvaguarda.

SUPUESTO DE HECHO

El recurso de casación interpuesto ante el TS por el progenitor no custodio tiene por finalidad el establecimiento del régimen de custodia compartida por considerarse más beneficioso para el menor; tomando como criterio el de la cercanía del domicilio del progenitor no custodio al colegio y al domicilio de la madre, la jornada de trabajo y el régimen amplio de visitas existente.

El progenitor no custodio presenta demanda de modificación de medidas definitivas contra la progenitora en solicitud de custodia compartida alegando motivos que justifican el cambio de régimen de guarda y custodia. El Ministerio fiscal informa a favor de la guarda y custodia compartida. Dicha demanda fue desestimada sobre la base de que el cambio del régimen de custodia existente puede determinar que la situación familiar entre en un terreno de conflictividad que perjudique los intereses de los menores. Recurrida la sentencia por el progenitor no custodio, la AP confirmó la sentencia con el argumento de que no se aprecia una necesidad de introducir cambios en el modo de guarda y custodia por estar los menores adaptados perfectamente a la guarda y custodia a favor de la madre.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El TS considera vulnerada la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera que establece que siempre que se den los requisitos para la adopción de un sistema de guarda y custodia compartida, hay que acordar esta medida por cuanto es la mejor manera de proteger al menor y de que su interés quede salvaguardado. En el caso enjuiciado no se han tenido en cuenta circunstancias objetivas como la cercanía del domicilio del progenitor no custodio al colegio de los menores y al

• Fabiola Meco Tébar

Es Profesora Asociada de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, en la que se graduó y doctoró. Es Abogada en ejercicio especializada en temas de familia. Ha centrado sus líneas de investigación en la persona, responsabilidad, propiedad y familia. Es co-autora de obra colectiva “Manual Multimedia Derecho de Familia”, Tirant lo Blanch, 2012 y entre otros artículos de “Género y familia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano” en Democracia y participación política de las mujeres, Tirant lo Blanch, 2012. Correo electrónico: fabiola.meco@uv.es.

domicilio de la madre y el régimen de visitas amplio que visibiliza un vínculo afectivo normalizado y positivo de los menores con el padre. Estos criterios considera el TS son imprescindibles para determinar el régimen de custodia aplicable, que en este caso es el de custodia compartida por asegurar un adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y por aproximarse al modo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar la corresponsabilidad parental en condiciones de igualdad en el desarrollo y crecimiento de los menores.

COMENTARIO

I. UNA APROXIMACIÓN: LA FALACIA DE LA ECUACIÓN CUSTODIA COMPARTIDA IGUAL A DESPROTECCIÓN DE LOS LLAMADOS “NIÑOS MALETA”.

Resulta oportuno detenerse en una cuestión previa de todo punto relevante a la hora de establecer la posición de partida en este comentario a esta sentencia. Por ello voy a referirme a la falacia de la problemática de los *niños maleta* como un mal endémico impeditivo u obstaculizante para el establecimiento de la custodia compartida. Como bien es sabido, se acuñó como *niños maleta* a los menores que, como consecuencia de las crisis familiares en las que se producía la ruptura de la convivencia de los progenitores, debían pasar períodos de tiempo en domicilios distintos al que hasta entonces había sido su único y estable hogar familiar. Estos desplazamientos entre domicilios se representaban en el imaginario con el transporte de una maleta, llegándose a la hipérbole de equiparar a los menores con dicha maleta. De ahí la denominación.

Informes procedentes de psicólogos y profesionales del mundo jurídico aseguraban que los menores que se trasladaban con frecuencia de domicilio a domicilio tenían mayor inseguridad, inestabilidad y sufrimiento en comparación con el resto de menores que vivían siempre bajo el mismo techo. Ello determinó un cuerpo doctrinal que reconocía que el uso de la vivienda debía acompañar o atribuirse a los menores y no a sus progenitores como una de las medidas aplicables a la crisis familiar. Con ello se evitaba el desplazamiento de los menores, que se mantenían estables en un domicilio permanente, y eran los progenitores los que de acuerdo con un sistema rotatorio y alternativo del uso del inmueble, en función del período de guarda y custodia que se les concediera, entraban y salían del mismo, que se articulaba a modo de “vivienda nido”. Lejos de lo que hubiera podido pensarse como beneficioso, este criterio en muchos casos obviaba el interés del menor por cuanto que su acatamiento incrementaba la conflictividad entre los progenitores y entre éstos y los menores. Amén de que a los progenitores

también se les dificultaba al máximo la *restitución* de sus vidas con otras parejas, e incrementaba notablemente sus gastos cuando éstos en aras de su independencia vital no recurrían a la vivienda de los abuelos para los períodos en que no tenían la guarda y custodia de los menores.

En este sentido resulta interesante la reciente SAP Baleares (Sección cuarta) 18 marzo 2014 (EDJ 2014, 57099), que en su fundamento cuarto se hace eco de un informe del “Centre de Suport Familiar” en el que se desaconseja “en beneficio de los hijos el mantenimiento de la “vivienda nido”. A este respecto dice que “la “vivienda nido” no está siendo una solución positiva para los menores y que además conlleva problemas de comunicación y relación entre ambos progenitores, principalmente en temas económicos, de mantenimiento y uso de la vivienda, sin dejar de mencionar la ubicación de la casa, con respecto a la familia extensa por parte de la madre, que dificulta el desarrollo de una vida individual de cada progenitor, con un constante control de sus vidas respectivamente”. Por ello la sentencia establece que “visto que ambos progenitores disponen de vivienda externa en la que residen las semanas en las que les corresponde la guarda y custodia de sus hijos y que no existe constancia alguna de que ninguna de ellas no pueda cumplir la función de dotar adecuadamente la obligación de proporcionar de habitación a sus hijos menores, lo procedente será desafectar la vivienda que fue familiar a la atribución del uso otorgado en la sentencia de instancia”.

La STS 11 noviembre 2013 (ROJ 2013, 5468), en interpretación del art. 96.1 CC, de atribuir la vivienda al progenitor de los menores más necesitado de protección, y no al progenitor a quien se le atribuyera la custodia de los mismos (fueran éstos menores o mayores de edad con voluntad de residir con uno de ellos) ha venido en gran medida a consolidar a nivel jurisprudencial un panorama mucho más ajustado a las necesidades familiares de unos y otros.

Evidentemente no es el momento ni el propósito analizar el uso y disfrute de la vivienda familiar en contextos de crisis, pero sí resultan útiles estas aproximaciones para precisar cómo se ha avanzado en el reconocimiento de una realidad no problemática para el menor; a saber, la existencia de domicilios diferenciados de los progenitores en los que los menores conviven con ellos. Desde este punto de partida se abordará el análisis de la relevancia que tiene la ubicación de esos domicilios en razón de los intereses del menor y la alternancia del menor en ellos.

II. SOBRE LAS “CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES” PARA DETERMINAR EL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA.

Superada o en vías de superación la relegación sistemática del régimen de custodia compartida a favor de la atribución unilateral de la guarda o custodia a uno de los progenitores por unos motivos u otros, se impone la realidad tozuda

de que la presencia estable y la decidida implicación de ambos progenitores en el desarrollo integral de un menor garantiza un mejor desenvolvimiento futuro de éste. Lógicamente no se trata, y así lo ha hecho ver la doctrina, la jurisprudencia y la propia legislación autonómica en materia de custodia compartida, de reconocer este régimen de cuidado y atención al menor sin evaluar la singularidad de cada caso, pues de lo que se trata por encima de todo es de buscar escenarios de cómoda y fluida interlocución entre el respeto a la corresponsabilidad articulada a través de la custodia compartida y el interés del menor.

La jurisprudencia fue pionera en el establecimiento de una serie de criterios fijados por la STS 8 octubre 2009 (ROJ 2009, 5969), que, en aquel momento en ausencia de criterios legales, sirvieron para acordar la custodia compartida en casos de conflicto y de la que se hicieron eco posteriores sentencias. Valga citar en este sentido por recientes las SSTS 17 diciembre 2013 (ROJ 2013, 5966) y 29 abril 2013 (EDJ 2013, 58481). Entre dichos criterios identificó, sin ánimo de exhaustividad, los siguientes: "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 y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven".

Posteriormente la legislación autonómica (Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en casos de ruptura de la convivencia de los padres y Ley foral catalana 25/2010, de 29 de junio, que reforma el libro 2º del Código civil de Cataluña, referente a la persona y familia, en sus arts. 233-9, 10 y 11) se ha hecho eco de estos criterios y de otros que han consagrado en su articulado.

Por cuanto a la materia propia de este comentario se refiere, la proximidad y la alternancia de domicilios, es cierto que salvo la legislación catalana que alude directamente a la cuestión de la proximidad de los domicilios, las demás legislaciones autonómicas no hacen referencia explícita a ambas cuestiones. Ello no implica que haya que afirmar que estos criterios no han de valorarse en aplicación de las mismas, pues todas las legislaciones referidas así como la jurisprudencia reconocen y hacen valer entre los criterios, uno abierto a modo de cajón desastre que alude a "cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia".

O como el propio TS dice “cualquier otro (criterio) que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia *que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven*”. Remarca con ello la idea de que la situación de los menores ha de variar en cuanto a convivencia se refiere en aras del interés de todos los miembros de la familia.

Por consiguiente, afirmado lo anterior evidentemente las cuestiones de la cercanía entre los domicilios de los progenitores y la alternancia de los menores en los domicilios *en términos de normalidad*, son indiscutiblemente dos hechos que la jurisprudencia ha tomado seriamente en consideración a la hora de determinar el régimen de custodia aplicable en los términos que paso a exponer a continuación.

I. La proximidad entre los domicilios de los progenitores.

Al abordar el criterio de la proximidad entre los domicilios de los progenitores, surge de inmediato una pregunta: qué patrón ha de ser útil para determinar la proximidad o cercanía de los domicilios. O dicho de otro modo en razón de qué se ha de medir esa proximidad. ¿Es la distancia entre los dos domicilios? ¿Es la cercanía de los domicilios con el ámbito de intereses del menor, medido éstos en términos de escolaridad, extraescolaridad y ocio? ¿Influye en la determinación de la proximidad la familia extensa de una u otra rama? ¿Y el hecho de que no varíe el domicilio hasta entonces familiar?

La jurisprudencia y la legislación han aludido e incluso combinado estos factores, como se ha de ver a continuación. En efecto, la valoración como criterio importante de la cercanía entre los domicilios de los progenitores es efectuada por el TS, en sentencias como la que motiva este comentario, pero también se trata de una constante en las SSAP Girona 13 octubre 2005 (EDJ 2005, 253729), Barcelona 18 junio 2013 (EDJ 2013, 149152), Granada 20 septiembre 2013 (EDJ 2013, 306419), Ciudad Real 26 septiembre 2013 (EDJ 2013, 196240), Toledo 21 octubre 2013 (EDJ 2013, 262876), Málaga 22 octubre 2013 (EDJ 2013, 264578), Huelva 27 octubre 2013 (EDJ 2013, 293339), Las Palmas 4 noviembre 2013 (EDJ 2013, 293951), Valencia 11 noviembre 2013 (EDJ 2013, 258463), Tarragona 4 diciembre 2013 (EDJ 2013, 271357), Valencia 11 diciembre 2013 (EDJ 2013, 300232), o las recientes de Murcia 3 enero 2014 (EDJ 2014, 6286), Castellón 24 febrero 2014 (EDJ 2014, 59302), Baleares 18 marzo 2014 (EDJ 2014, 57099) y Tarragona 21 marzo 2014 (EDJ 2014, 53912).

A) Tú a Boston y yo a California.

El criterio extendido es que ha de existir proximidad entre los domicilios de los progenitores. Pero lógicamente el emplazamiento del domicilio suele marcar los intereses del menor, por ser habitual que el centro escolar se emplace en las

cercanías del domicilio familiar hasta la ruptura de la convivencia, así como por regla general las actividades extraescolares y de ocio del menor. Este binomio casi inseparable de factores, la proximidad de los domicilios junto con el mantenimiento del centro de intereses del menor; favorece un clima decididamente beneficioso y adecuado para la formación y desarrollo del menor [SAP Toledo 21 octubre 2013 (EDJ 2013, 262876)]. Y ello por cuanto que los menores están continuamente en contacto con ambos progenitores y pueden disfrutar de la fuerte vinculación afectiva que une al menor con ellos y compartir con ellos los aspectos sustanciales de su educación y formación. En tal sentido como dice la STS 495/2013 que se comenta, este deseable maridaje “aproximará al modelo de convivencia existentes antes de la ruptura matrimonial y garantizará 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 sin duda parece lo más beneficioso para ellos”.

En cuanto al patrón de la proximidad en sí, cabe decir que la misma implica una distancia que permita hacer compatible la custodia compartida con el bienestar del menor. Así es perfectamente posible el reconocimiento de una custodia compartida con domicilios emplazados en poblaciones distintas pero vecinas [SAP Valencia 11 noviembre 2013 (EDJ 2013, 258463)]. Y ello por cuanto que los “inconvenientes prácticos derivados de las distancia entre los domicilios”, emplazados en poblaciones vecinas (Torrente y Valencia) “resultan compensados con las ventajas de que la hija esté con ambos progenitores” [SAP Valencia 11 diciembre 2013 (EDJ 2013, 300232)]. Incluso se alude a la ventaja que representa esta proximidad por cuanto “evita o, al menos, disminuye, el riesgo de lo que ha venido denominándose “niños maleta” [SAP Baleares 18 marzo 2014 (EDJ 2014, 57099)].

Mayores dificultades ofrecería la existencia de una distancia kilométrica importante pues constituiría un claro e insalvable obstáculo en la determinación de la custodia compartida, pues afectaría drásticamente a la cotidianeidad vital del menor, afectando su realidad (escolar, extraescolar o de ocio) que se tiende a preservar. En caso de producirse ese distinto y lejano emplazamiento de uno de los progenitores, lo normal es que se atribuya a favor del progenitor que mantuviera el entorno estable del menor anterior a la ruptura de la convivencia; aunque pueda determinarse lo contrario si existe causa justificada. Ejemplificativo de esta excepción es el caso de la progenitora que se traslada unilateralmente con la menor, tras la ruptura de la convivencia con el padre de ésta, de Huelva a Madrid. La SAP Huelva 27 octubre 2013 (EDJ 2013, 293339) entiende que “dada la edad de la menor (6 años) y distancia geográfica [...] deben evitarse en lo posible los desplazamientos continuos de la menor y queda suficientemente regularizada la comunicación con el padre estableciendo fines de semana con carácter mensual a desarrollar en Madrid, pues ciertamente existen dificultades de horarios escolares

y tiempos de viaje de Madrid a Huelva los viernes. También los domingos, y son dificultades o cargas que debe asumir el padre y no la menor”. Respecto de la movilidad geográfica del domicilio refiere que “reconocer la posibilidad del traslado unilateral del domicilio de madre e hija, sin consentimiento del padre, es respetar la libre residencia y circulación siempre que resulte asegurada la comunicación paterno-filial, y es favorable la valoración judicial sobre si hay causa razonable para el traslado” y no perjudica el cambio a la menor.

B) La familia extensa y su apoyo al menor.

La familia extensa y la proximidad del domicilio a ella es también es un elemento que la jurisprudencia ha tomado en consideración por el apoyo familiar que puede suponer en el adecuado desarrollo del menor. Existe reiterada jurisprudencia sobre el papel que los abuelos determinan en la cohesión y transmisión de valores en la familia y su aporte relevante en la atención de necesidades afectivas y educativas de los menores.

En este sentido la cercanía del domicilio con la familia extensa constituye un hecho objetivo a valorar cuando dicha familia reclame su derecho a comunicarse con el menor cuando éste le haya sido vedado por el progenitor supérstite [SAP Ciudad Real 26 septiembre 2013 (EDJ 2013, 196240)].

Por su parte la legislación aragonesa, valenciana y navarra de custodia compartida aluden a la importancia de asegurar en la determinación del régimen de custodia el arraigo familiar: Entendiendo por arraigo el vínculo afectivo del menor a su entorno familiar; y considerando como familia a la extensa, podría decirse que la legislación autonómica representa una garantía para ésta y para asegurar el bienestar integral del menor.

C) La estabilidad del menor.

Para concluir el tratamiento de esta cuestión hay que decir que los Tribunales valorar positivamente la estabilidad de los menores, y en este sentido que los cambios de domicilio sean los menos posibles, sobre todo si los menores son de corta edad. Así se valora como favorable que uno de esos domicilios siga siendo el que el menor tuvo antes de que se produjera la crisis familiar; por cuanto con ello “no se produce alteración alguna en el ámbito convivencial de la menor y en los hábitos espaciales y relacionales de esta, a los que está acostumbrada desde siempre y que conviene conservar en interés de la propia menor” [SAP Granada 20 septiembre 2013 (EDJ 2013, 306419)], y en parecidos términos [SAP Málaga 22 octubre 2013 (EDJ 2013, 264578)].

Pero en todo caso, como bien dice el TS la atribución de un régimen de guarda y custodia compartida supone necesariamente tener que afectar esa inamovilidad física del menor; que no por ello supone una desprotección del mismo, pues lo contrario la preservación del hábitat que tenía el menor con anterioridad a la crisis, supondría no avanzar en el reconocimiento de la corresponsabilidad parental y en los beneficios que ella tiene para el adecuado desarrollo del menor en una vida que ya no puede ser igual que la que se fue.

2. La alternancia de los menores entre los domicilios de los progenitores.

Otro de los criterios que la jurisprudencia está consolidando como hecho a tener en cuenta en la determinación de la custodia compartida es el de la alternancia de los menores en los domicilios de los progenitores, esto es, el cambio y la duración de las estancias en ellos.

Al abordar este criterio y su alcance surge la pregunta de qué elementos se ponderan en su concreción, esto es, en la determinación del tiempo que cada progenitor va a estar con el menor. Y entre ellos juegan un papel destacado la edad y las circunstancias del menor:

La edad es un criterio importante y que es ponderado por la jurisprudencia y por el legislador autonómico a la hora de atribuir la custodia compartida, en particular a la hora de determinar el régimen de alternancia con los menores. Particular relieve cobra la legislación valenciana que en su art. 5.3 se refiere a esta cuestión y precisa que “en los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores”. Como puede comprobarse no se establece en términos imperativos sino de disponibilidad para los progenitores o la autoridad judicial que en todo caso valorará el interés del menor.

No establece el legislador qué pasa con menores de corta edad no lactantes, si bien la corta edad debiera ponderarse junto con otros criterios igualmente de peso, como la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar del menor; así como su actitud y la conciliación de la vida laboral y familiar; en aras a ser respetuosos con la declaración de la custodia compartida como un régimen normal y no excepcional. Pues esta custodia forma parte del derecho de los menores a desarrollar su personalidad al amparo de los cuidados y atenciones de sus dos progenitores.

Asimismo las circunstancias del menor pueden afectar a la alternancia, por ejemplo en caso de padecer alguna grave patología que requiriese de su estabilidad o reposo en un domicilio.

Por cuanto respecta a los tiempos, no hay regla establecida al respecto, pudiendo encontrarse custodias compartidas por semanas alternas, por quincenas, por meses, trimestres o curso escolar. Pero en su concreción en caso de disputa entre los progenitores juegan factores como la cercanía de domicilios, la flexibilidad horaria y el apoyo familiar. Pero en todo caso, se considera contraproducente para el adecuado desarrollo y adaptabilidad del menor a este régimen de guarda y custodia que haya más de tres cambios durante la misma semana por lo que el Ministerio Fiscal incluso aunque los progenitores alcanzasen el acuerdo puede informar en su contra en interés del menor [SAP Tarragona 4 diciembre 2013 (ED) 2013, 271357)].

A la hora de valorar la alternancia se toma en consideración si durante los períodos de estancia con el progenitor no custodio que demanda custodia compartida ha existido adecuado desarrollo de las visitas y cuidado debido del menor. A este respecto es ejemplificativa la STS 17 diciembre 2013 (ROJ 2013, 5966), que en su fundamento jurídico tercero establece que “el actual sistema de visitas con una pernocta entre semana y otro día más después del horario escolar hasta las 20 horas, desarrollado con normalidad, ha preparado a los menores para un sistema de custodia compartida, dado el amplio espacio de tiempo que han estado con el progenitor no custodio”.

De igual manera lo hace esta STS 495/2013, que insiste en que no se ha tomado en cuenta entre otros elementos que el TS valora para acceder a la custodia compartida “el régimen actual de visitas indudablemente amplio”, pues añade “los hijos tienen un vínculo afectivo normalizado y positivo hacia el padre y la madre, no presentando preferencias por ninguno de los dos”, sin que se adviertan obstáculos al hecho de que puedan vivir quince días con cada uno, aunque se reconozca que se encuentran a gusto con las visitas que tienen actualmente con su padre”.

III. CONCLUSIÓN: EL INTERÉS DEL MENOR COMO CLÁUSULA DE SALVAGUARDA.

A lo largo de este comentario se ha hecho hincapié en dos criterios que se toman en consideración a la hora de reconocer el régimen de guarda y custodia compartida y que son los que la STS 495/2013 aplica en su resolución. Junto a ambos existen otros muchos criterios que han sido apuntados y que también entran a valorarse necesariamente, pudiendo determinar que pese a que concurra proximidad entre los domicilios, no se atribuya la guarda y custodia conjunta por existir también un incumplimiento del régimen de visitas [SAP Murcia 3 enero 2014 (ED) 2014, 6286)], un impago de la pensión, una mala o escasa relación con el menor o de éste con su nueva pareja, o incluso, entre otros, una negativa o reticencia del menor a aceptar el régimen de custodia nuevo. Si bien en este supuesto la voluntad del menor será tenida en cuenta junto con otros factores, porque “en ocasiones la

voluntad expresada por los menores no coincide con la voluntad real ni con lo que les resulta más beneficioso" [SAP Tarragona 21 marzo 2014 (EDJ 2014, 53912)].

Interesante resulta respecto de cuanto se afirma el pronunciamiento judicial de la SAP Castellón 24 febrero 2014 (EDJ 2014, 59302)], cuando en su fundamento jurídico primero se hace eco de la sentencia de instancia que resolvía del siguiente modo: "valorando conjuntamente todo lo expuesto, se deduce la confluencia de circunstancias favorables a la custodia compartida (capacidad parental del padre, buena relación con el hijo, cercanía de domicilios) con otras que la desaconsejan (escasa implicación pasada del padre al ceder el ejercicio de la patria potestad y no ejercer la totalidad de su régimen de visitas, la actitud desfavorable del hijo a este cambio hace un año, o el hecho de la perfecta adaptación del menor a la situación actual de custodia materna que se está desarrollando de forma muy positiva y sin problemas para el niño, o la confusión del padre entre los aspectos cuantitativos y cualitativos de la relación paterno-filial, como si únicamente la custodia compartida permitiera ejercer plenamente la parentalidad cuando no es así. Atendiendo especialmente al interés del menor (que, no debe olvidarse, es el que merece una mayor protección y ha de prevalecer sobre los intereses de sus progenitores por legítimos que éstos sean) no se considera acreditado que el cambio de régimen de convivencia vaya a suponer un beneficio efectivo y real para el hijo en este caso concreto". Estos argumentos y la prueba practicada lleva a la Audiencia a concluir que *"si bien es un presupuesto imprescindible que no consten condiciones negativas en la aptitud del progenitor que aspire a la convivencia compartida, y que no hay que presumir nada en su contra, tal presupuesto no será suficiente si se percibe que tal régimen es contrario –o probablemente pueda serlo- al interés del menor. Es la aptitud parental condición ineludible, pero eso no la convierte en condición única y suficiente; lo es el "bonum filli"'*". Es por lo que concluyo que en todos y cada uno de los casos el interés del menor se erige por encima a modo de cláusula de salvaguarda, donde los criterios y los intereses en presencia no conducen a buen puerto al más necesitado de protección.