

LA REFORMA DEL ART. 80.2 CDFA

THE REFORM OF ART. 80.2 CDFA

JULIÁN CARLOS ARQUÉ BESCÓS

Magistrado.

Presidente Sección 2.ª AP Zaragoza

La ley 6/2019, de 21 de marzo del Gobierno de Aragón, ha modificado el Art. 80.2 del CDFA, habiéndose dejado sin efecto la preferencia legal de la custodia compartida y añadiendo un nuevo factor a los enumerados en el Art. 80.2 del indicado texto legal. El derogado Art. establecía: «El juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo además, a los siguientes factores...». El actual Art. 80.2 dice: «El juez adoptará la custodia compartida o individual de los hijos e hijas menores atendiendo a su interés, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo además a los siguientes factores...».

El único preámbulo de la Ley 6/2019 se inicia con una exposición sobre el interés del menor, estableciendo con rotundidad que deben ser los tribunales los que deben decidir sobre el régimen de custodia y deben hacerlo atendiendo única y exclusivamente al beneficio de los menores, al interés superior del menor, aludiendo a diversas disposiciones legales que lo contemplan, sin que parezca conveniente que se establezca con carácter general o preferente lo que solo debe ser el resultado del análisis de los factores que se contienen en el apartado 2 del Art. 80 del CDFA. Hace hincapié, en que las normativas existentes en el estado español, en todas ellas se establece que debe ser el juzgador o tribunal el que resuelva la cuestión, atendiendo al interés del menor, llegando a indicar que la Ley 2/2010, pionera al adoptar con carácter preferente la custodia compartida, contraviene lo deseable, dice literalmente, lo explicado anteriormente, es decir el interés del menor.

Estamos pues ante un giro radical del legislador aragonés, al desaparecer cualquier tipo de ventaja en el ámbito de la carga de la prueba en beneficio de una u otra forma de custodia y en segundo lugar porque son precisamente los factores enumerados en el Art. 80.2 del CDFA los factores para fijar un tipo de custodia y no los excluyentes para poder fijar la custodia individual como venía a establecerse en la norma anterior, de tal manera que no existe ningún punto de partida procesal que de prevalencia a un tipo de custodia para fijarla.

Lo expuesto hasta ahora, no significa en modo alguno que exista restricción alguna al sistema que fue prevalente en su momento, ni mucho menos que la custodia compartida pase a ser ahora excepcional, conviene recordar en este apartado reiterada doctrina del TS SS 593/2018 de 30 de octubre y 630/2018 de 13 de noviembre... entre otras que indican que el sistema de custodia compartida lejos de ser excepcional, es el que más favorece el contacto de los menores y el que más protege el interés del menor, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación con ambos progenitores, siendo aquella forma de custodia un objetivo a conseguir, igualmente las SS del alto tribunal de 25/04/2014, de 5/04/2019 y 18/07/2019, indican igualmente que la custodia compartida es el sistema prioritario para la custodia de los menores, reiterando igualmente el TS que a partir de la bondad del sistema, la cuestión a dilucidar en cada caso será si ha primado el interés del menor al decidir sobre su guarda y custodia (SS 27/04/2012; 21/05/2012; 2/07/2014; 9/09/2015; 30/12/2015, 12/05/2107 y 6/04/2018... entre otras).

CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA REFORMA

La supresión del carácter legal preferente de la guarda y custodia compartida considero, que no va a traer unas consecuencia muy diferentes a las que ya se han venido estableciendo en la actualidad, salvo pequeños matices y quizás en el ámbito del recurso de casación.

La praxis diaria de los juzgados de familia en la provincia y de la AP que revisa las sentencias a través del recurso de apelación, no va a tener grandes variantes al realizarse desde siempre un exhaustivo y riguroso análisis de la prueba realizada en averiguación en su caso del interés del menor, pues la legislación anterior así lo requería para modificar el régimen legal y así se requiere en la actualidad para fijar uno u otro, en todo caso la vigencia de la anterior normativa durante 10 años ha conseguido que las diferentes formas de ejercitar la custodia en caso de ruptura no sean ajenas ni excepcionales, quizás ahora la prueba a practicar incluso pudiera ser necesariamente más exhaustiva al no partir de ninguna prevalencia legal. Obviamente el acceso al recurso de Casación puede estar más limitado al no existir el principio de preferencia legal y sí únicamente, estricta valoración de la prueba practicada en

ambas instancias, de cualquier manera tal como tiene declarado el TS (SS 27/04/2012 y 31/01/2012), el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado y su revisión es posible en casación. No obstante el ámbito del mismo puede ser más limitado, tal como tiene declarado el TSJA (S. 21/2015 de 17 de septiembre y S. 15/2018 de 29 de octubre), al indicar que el interés del menor debe ser apreciado en cada situación por los tribunales conforme a los hechos presentados y según la valoración dada a los mismos, de manera que solo podría apreciarse su infracción en el caso de que la decisión tomada resultara irracional, ilógica o arbitraria.

A efectos meramente ilustrativos y para ratificar esta opinión en el apartado de la doble instancia y teniendo en cuenta la fecha de publicación de la nueva normativa en el BOA (04/04/2019), y que ha venido siendo ya aplicada por la AP al tratarse de materia de «*ius cogens*», se indican a continuación las Sentencias dictadas en apelación, desde la entrada en vigor del nuevo Art. 80 CDFA (24/04/2019) y su resultado, reseñando la naturaleza del procedimiento, la sentencia de primera instancia, la de la segunda, junto con un breve análisis en algún caso de los motivos de la resolución.

PROCEDIMIENTO 1.ª INSTANCIA		APELACIÓN
M. MEDIDAS	C. Compartida: Hijo 10 años. C. Individual: Hijo 15 años.	S. 160/2019/29 de abril. C. individual de ambos. Practicada audiencia de ambos menores.
M. MEDIDAS	C. Individual.	S. 165/2019/3 de mayo. C. Individual.
DIVORCIO	C. Compartida.	S. 176/2019/13 de mayo. C. Compartida.
DIVORCIO	C. Individual.	S. 171/2019/6 de mayo. C. Individual.
DIVORCIO	C. Compartida.	S. 178/2019/13 de mayo. C. Compartida.
M. MEDIDAS	C. Individual. Se modificó sentencia de divorcio que fijaba la c. compartida, conforme dispone el Art. 80.6 CDFA con audiencia de menores.	S. 181/2019/13 de mayo. C. Individual.

PROCEDIMIENTO 1.ª INSTANCIA		APELACIÓN
M. MEDIDAS	C. Individual. Venía ya recogida en un PRF.	S. 183/2019/17 de mayo. C. Individual.
DIVORCIO	C. Compartida.	S. 196/2019/26 de mayo. C. Compartida.
M. MEDIDAS	C. Individual. Se pactó en su momento la custodia individual reciente. El informe pericial recomendaba la compartida pero condicionada al horario laboral y la vivienda. No se acredita que el cambio beneficie al menor.	S. 198/2019/26 de mayo. C. Individual.
M. MEDIDAS	C. Individual.	S. 209/2019/3 de junio. C. Individual.
M. MEDIDAS	C. Individual.	S. 210/2019/11 de junio. C. Individual.
DIVORCIO	C. Individual.	S. 216/2019/11 de junio. C. Individual
M. MEDIDAS	C. Compartida. Valorando prueba pericial y audiencia de menores.	S. 221/2019/12 de junio. C. Compartida.
M. MEDIDAS	C. Individual. La compartida fue fijada en su momento, el informe pericial la desaconseja por no ejercitarse de manera adecuada por el progenitor.	S. 237/2019/24 de junio. C. Individual.
M. MEDIDAS	C. Individual del padre hijo 15 años. C. Compartida hija de 12 años.	S. 240/2019 /24 de junio. Se confirma, se atiende a la decisión de ambos hermanos.
DIVORCIO	C. Individual.	S. 265/2019/10 de julio. C. Individual.

PROCEDIMIENTO 1.ª INSTANCIA		APELACIÓN
M. MEDIDAS	C. Individual.	S. 266/2019/10 de julio. C. Individual.
DIVORCIO	C. individual paterna.	S. 287/2019/17 de julio. C. Individual paterna.
DIVORCIO	C. Compartida.	S. 288/2019/17 de julio. C. Compartida.
DIVORCIO	C. Compartida.	S. 290/2019/18 de julio. C. Compartida.
M. MEDIDAS	C. Individual.	S. 296/2019/11 de septiembre. confirmada.
M. MEDIDAS	C. Compartida.	S. 297/2019/17 de septiembre. C. Compartida.
GUARDIA Y ALIMENTOS	C. Individual.	S. 312/2019/26 de septiembre. C. Individual.
DIVORCIO	C. Individual.	S. 314/2019/27 de septiembre. C. Individual.
DIVORCIO	C. Individual.	S. 323/2019/27 de septiembre. C. Individual.
DIVORCIO	C. Individual paterna.	S. 324/2019/1 de octubre. C. Individual paterna.
DIVORCIO	C. Individual.	S. 325/2019/1 de octubre. C. individual.
M. MEDIDAS	C. Individual.	S. 326/2019/2 de octubre. C. individual.
M. MEDIDAS	C. Individual.	S. 328/2019/7 de octubre. C. Individual.
M. MEDIDAS	C. Individual.	S. 329/2019/7 de octubre. C. Individual.

Son pues, en el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la nueva norma hasta el 7 de octubre del presente año, 30 las Sentencias dictadas por la AP de Zaragoza, en las que se cuestionaba el régimen de guarda y custodia, de las que solo en una ocasión ha sido revocada la de instancia cambiando el régimen de custodia fijado (S 160/2019 de 29 de abril) confirmándose el resto.

De las restantes, en 8 se mantuvo la custodia compartida y en 21 la individual, en dos casos paterna.