

## LA CUSTODIA COMPARTIDA ARAGONESA EN LA PRIMERA JURISPRUDENCIA\*

D. JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA

Profesor Titular de Derecho civil acreditado como Catedrático

**SUMARIO:** I.- PLANTEAMIENTO. II.- LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS DE PADRES QUE HAN ROTO LA CONVIVENCIA. 1. La nueva regulación aragonesa de los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo. 2. Mantenimiento, tras la ruptura de los padres, de los principios y naturaleza de la relación paterno-filial. 3. Necesidad de establecer un nuevo sistema de guarda y custodia de los hijos menores y, en general, un nuevo marco de relaciones familiares. 3.1. El pacto de relaciones familiares. 3.2. La modificación o extinción del pacto de relaciones familiares. 3.3. Las medidas judiciales en defecto de pacto de relaciones familiares. 3.4. La modificación o extinción de las medidas judiciales. III.- LA PREFERENCIA DEL LEGISLADOR ARAGONÉS POR LA CUSTODIA COMPARTIDA. 1. La plasmación de la preferencia legal por la custodia compartida. 2. Criterio diferente al de otras legislaciones españolas. 3. Razones y finalidad de la preferencia legal por la custodia compartida. IV.- LA DOCTRINA JURISPRUDENCIA DEL TSJA SOBRE LA PREFERENCIA LEGAL POR LA CUSTODIA COMPARTIDA. 1. La custodia compartida es el sistema que como regla general mejor recoge el interés de los menores. 2. Doctrina jurisprudencial sobre la exégesis del art. 80.2 CDFA. 3. La preferencia legal por la custodia compartida en las Audiencias. V.- LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA NUEVA REGULACIÓN. 1. El apartado 1 de la Disposición Transitoria 6<sup>a</sup>. 2. Aplicación retroactiva extensiva a la revisión de lo acordado en convenio regulador. VI.- LA SOLICITUD DE CUSTODIA COMPARTIDA COMO CAUSA DE REVISIÓN DEL SISTEMA DE GUARDA Y CUSTODIA EXISTENTE CON ANTERIORIDAD. VII.- SENTENCIAS DEL TSJ Y DE LAS AAPP QUE ACUERDAN LA CUSTODIA COMPARTIDA. 1. Sentencias del Tribunal Superior de

---

\* Texto preparado en el marco del Grupo de Investigación consolidado 2011-S29 de la DGA, denominado Investigación y Desarrollo del Derecho Aragonés (I.D.D.A.), que cuenta con financiación de la UE (fondos FEDER) y cuyo investigador principal es el Prof. Delgado Echeverría.

Justicia de Aragón. 2. Sentencias de las Audiencias Provinciales de Aragón.

VIII.- MODALIDADES DE EJERCICIO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA. 1. Libertad de pacto. 2. Diversidad de modalidades de ejercicio. 3. No necesidad de un reparto igualitario de los días de convivencia con cada padre. 4. Ejemplos de modalidades de custodia compartida con periodos de convivencia iguales con cada padre. 4.1. Por días de la semana. 4.2. Por semanas alternas. 4.3. Por períodos de dos semanas o quincenas alternas. 4.4. Por meses alternos. 4.5. Por bimestres alternos. 4.6. Por bimestres y trimestres alternos. 4.7. Por trimestres alternos. 4.8. Por semestres alternos. 4.9. Por años escolares alternos.

IX.- RELACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA CON OTRAS MEDIDAS DEFINITIVAS. 1. Con el régimen de visitas. 2. Con el destino de la vivienda familiar. 3. Con la contribución a los gastos de asistencia de los hijos. 4. Con la asignación compensatoria.

X.- LA CUSTODIA INDIVIDUAL COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL DE PREFERENCIA LEGAL POR LA CUSTODIA COMPARTIDA. 1. Requiere practicar las pruebas necesarias para conocer qué es lo más beneficioso para el menor. 2. Valorar ponderadamente los informes periciales y las restantes pruebas practicadas. 3. Motivar suficientemente la decisión adoptada atendiendo a la ponderación de los factores del art. 80.2 CDFA. 4. Precisiones sobre los factores del art. 80.2. 4.1. La edad de los hijos. 4.2. El arraigo social y familiar de los hijos. 4.3. La opinión de los hijos. 4.4. La aptitud y voluntad de los progenitores. 4.5. Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. 4.6. Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia. 5. No separar a los hermanos. 6. La exclusión legal de uno de los padres de la guarda y custodia por violencia doméstica o de género (art. 80.6)

XI.- SENTENCIAS DEL TSJ O DE LAS AAPP QUE ESTABLECEN LA CUSTODIA INDIVIDUAL. 1. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. 2. Sentencias de las Audiencias Provinciales de Aragón.

## I.- PLANTEAMIENTO.

El 8 de septiembre de 2012 se han cumplido dos años de la entrada en vigor de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de largo título (*de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres*), pero conocida coloquialmente como “Ley de custodia compartida”, cuya promulgación tuvo una importante repercusión social<sup>1</sup>, y que ha introducido un cambio radical en la regulación de los criterios legales de atribución de la guarda y custodia sobre menores de vecindad civil aragonesa hijos de padres que han roto su convivencia.

Con esta Ley se pasa de la preferencia legal por la custodia individual, normalmente a favor de la madre, por aplicación del art. 92 Cc., a la preferencia del legislador aragonés por la custodia compartida, mientras no se demuestre cumplidamente que la individual es más conveniente para el menor en el caso concreto.

¿Cómo ha sido recibido el cambio por nuestros tribunales? ¿Qué consecuencias prácticas está teniendo la aplicación de la nueva regulación? ¿Cómo se ha interpretado la preferencia legal por la custodia compartida? ¿Son muchas las custodias compartidas que se acuerdan?

Para responder a éstos y otros interrogantes que suscita la importante reforma aragonesa, hemos consultado las sentencias sobre guarda y custodia dictadas en estos dos años por el TSJA en casación (son 17) y las que he podido localizar de las Audiencias provinciales aragonesas en apelación (son 156), al resolver recursos en los que se dilucida la cuestión del sistema de guarda y custodia. El mayor número de sentencias procede de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza (144), unas pocas de la Audiencia de Huesca (8) y algunas menos de la de Teruel (4). En total son 173 las sentencias consultadas dentro de ese periodo de tiempo, que para el TSJA incluye también los meses de septiembre y octubre de 2012, mientras que para las AAPP se para, a efectos de estadísticas, en la sentencia de 18 de septiembre de 2012. Como es obvio, al tratarse de recursos de apelación y casación, estamos siempre ante procedimientos contenciosos, en los que nos interesa ver, a falta de acuerdo entre las partes, cual es la interpretación que los tribunales están haciendo de la nueva regulación.

|                         |            |
|-------------------------|------------|
| Sentencias del TSJA:    | <b>17</b>  |
| Sentencias de las AAPP: | <b>156</b> |
| Sentencias de la APT:   | 4          |
| Sentencias de la APH:   | 8          |
| Sentencias de la APZ:   | 144        |
| <b>TOTAL:</b>           | <b>173</b> |

El número de sentencias sobre guarda y custodia del TSJA es muy importante, representa un 32 % de toda su producción de estos dos años, y en el año 2012, de las 29 sentencias dictadas hasta ahora, 14 son sobre guarda y custodia, casi el 50 %.

1. Así lo dice la STSJA 27/2012, de 24 de julio.

Las 4 sentencias de la APT fueron recurridas: la primera resultó anulada y la custodia compartida se sustituyó por la custodia individual; las otras tres fueron casadas y la custodia individual en ellas acordada fue sustituida por la custodia compartida. En cambio, de las sentencias de la APH sólo se recurre una y resulta confirmada la custodia individual acordada en apelación; de las 8 sentencias de guarda y custodia de esta Audiencia, 2 son de custodia compartida. De las 144 sentencias de la APZ, Secc. 2<sup>a</sup>, sobre guarda y custodia se recurren 12, 9 resultan confirmadas y 3 son revocadas; hay en esta Audiencia 44 casos de custodia compartida.

En total, teniendo en cuenta las sentencias de apelación y la incidencia sobre ellas de la casación del TSJ, resultan, como tendremos ocasión de exponer con detalle, 52 casos de custodia compartida.

Primero vamos a hacer la presentación de la nueva regulación aragonesa de los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo y a ponerla en relación con los principios y naturaleza de la relación paterno-filial. Luego reflejaremos la concreta plasmación legal de la preferencia por la custodia compartida, la interpretación jurisprudencial de dicha preferencia legal, así como de su aplicación retroactiva; seguidamente daremos cuenta del número de sentencias del TSJ y de las Audiencias Provinciales aragonesas que acuerdan la custodia compartida, reflejaremos las modalidades de ejercicio que ponen de manifiesto, así como la relación de la custodia compartida con las otras medidas definitivas (régimen de visitas, destino de la vivienda familiar, contribución a los gastos de asistencia de los hijos y asignación compensatoria).

Veremos también cómo la preferencia legal por la custodia compartida tiene como consecuencia que la custodia individual queda como una excepción a la regla general, de manera que para ser acordada requiere practicar las pruebas necesarias, valorar ponderadamente los informes periciales y las restantes pruebas practicadas y motivar suficientemente la decisión tomada atendiendo a la ponderación de los factores del art. 80.2 CDFA (la edad de los hijos, su arraigo social y familiar, su opinión, la aptitud y voluntad de los progenitores, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres y cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia), procurando no separar a los hermanos y excluyendo de la custodia al padre incurso en supuesto de violencia doméstica o de género. Daremos cuenta asimismo de las sentencias del TSJA y de las Audiencias Provinciales aragonesas que establecen la custodia individual, así como de los factores que les sirven de fundamento.

## **II.- LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS DE PADRES QUE HAN ROTO LA CONVIVENCIA.**

### **1. La nueva regulación aragonesa de los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo.**

La Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, que entró en vigor el 8 de septiembre de 2010, ha sido refundida en 2011 en los arts. 75 a 84 del *Código del Derecho*

*Foral de Aragón (CDFA)*, artículos que constituyen la Sección 3ª, titulada *efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo*, del Capítulo II, regulador del *deber de crianza y autoridad familiar*, del Título II (*De las relaciones entre ascendientes y descendientes*) del Libro Primero de *Derecho de la persona*.

Con esta Ley el legislador aragonés ha modificado sustancialmente el régimen legal de la guarda y custodia de los hijos menores de edad antes existente para los casos de ruptura de la convivencia de los padres, para establecer, como medida de aplicación preferente en defecto de pacto de relaciones familiares entre los padres (o si éste no fuera aprobado por el Juez), el sistema de custodia compartida de los hijos menores (STSJA 8/2011, de 13 de julio).

Esta Ley, y ahora la indicada Sección del CDFA, tiene por objeto principal regular lo que es específico de las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio y los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos no matrimoniales (art. 75.1); en definitiva, es una regulación aplicable a todo supuesto de ruptura de la convivencia de los padres que tienen hijos a cargo<sup>2</sup>, que busca promover unas relaciones continuadas de los padres con sus hijos,

2. Sobre la posible aplicación a las relaciones entre padres no convivientes y sus hijos, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, Carlos: "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 136-137.

El trabajo de Martínez de Aguirre es el más completo y de mayor altura científica y, aunque nuestro estudio es básicamente jurisprudencial, voy a citar aquí la doctrina específica sobre la regulación aragonesa de los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo:

BALDA MEDARDE, María José: "La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 217-230.

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: *Algunas cuestiones prácticas en materia de Derecho Civil Aragonés*, Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Justicia, Zaragoza, 2011.

CALLIZO LÓPEZ, María Ángeles: "Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón", *Revista Aequalitas* núm. 30, enero-junio 2012, págs. 19 a 33.

CASTILLA BAREA, Margarita: "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres", *Aranzadi Civil*, núm 7/2010, pp. 105-152 (Westlaw.es: BIB 2010/1563).

FORCADA MIRANDA, Francisco Javier: "El derecho de familia del Código civil catalán -Ley 15/2010, de 29 de julio- y Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de sus padres. Problemas de competencia y ley aplicable", en VV.AA: *La nueva regulación del Derecho de familia. Legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*. Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 69-133.

FORCADA MIRANDA, Francisco Javier: "La nueva regulación de la custodia en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: custodia compartida, autoridad familiar, responsabilidad parental, traslado y sustracción de menores", en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 177-215.

GONZÁLEZ CAMPO, Francisco de Asís: "Nota procesal a propósito de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 16, 2010, págs. 227-250.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: "Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón", en *Diario La Ley*, N° 7529, 2010.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón" en *Diario La Ley*, N° 7537, 2010.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: "Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo", en *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón*. 4ª ed. El Justicia de Aragón, 2012, pp. 178-187.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAS, Carlos: "La Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: una aproximación inicial", en *Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. 8, octubre 2010, pp. 18-19.



mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar. Asimismo, pretende que los hijos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas (art. 75.2 CDFA).

Si bien, la reforma regula igualmente la cuestión de la asignación compensatoria, que es algo específico de la relación entre los miembros de la pareja rota, con independencia de si se hallan casados o no, y que no depende necesariamente de la existencia de hijos a cargo. En esta cuestión, al igual que en la referencia a la liquidación del régimen económico matrimonial (art. 77.2.e), los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo regulados en la reforma van más allá de los propios de las relaciones entre ascendientes y descendientes<sup>3</sup>, en cuyo Título regulador ha sido refundida la Ley 2/2010.

La nueva regulación aragonesa desplaza para los matrimonios regidos por la ley aragonesa, con hijos o sin hijos a cargo, la aplicación de las correspondientes normas del Código civil (STSJA 14/2012, de 11 de abril). En lo no regulado por Aragón, seguirán siendo de aplicación supletoria las reglas del Cc. sobre efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio<sup>4</sup>.

Nótese, sin embargo, que para las parejas estables no casadas sin hijos comunes a cargo regidas por el Derecho civil aragonés de conformidad con las reglas del Derecho interregional privado, los efectos patrimoniales de la extinción en vida los regula el art. 310 CDFA, mientras que cuando la pareja tiene hijos comunes a cargo la regulación de la asignación compensatoria es la prevista en el art. 83 CDFA para la ruptura de la convivencia de cualesquiera padres con hijos a cargo. Por tanto parece que la compensación económica del art. 310 y la asignación compensatoria del art. 83 operan en ámbitos distintos y rara vez resultarán acumulables<sup>5</sup>.

Para determinar la aplicación de esta regulación aragonesa hay que tener en cuenta que, según dice el art. 9.4 Cc., las relaciones paterno filiales se rigen por la ley personal del hijo. En consecuencia, si el menor es de vecindad civil aragonesa no hay duda de que la ley aplicable es la aragonesa. Como dice la STSJA 8/2011, de 13 de julio, *la norma aragonesa resulta de aplicación al caso por cuanto se trata de*

---

PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Ángeles: "La familia en el Derecho civil de Aragón", en *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. VII: *La familia en los distintos Derechos forales*, Ed. Aranzadi S.A., 2011, págs. 759 y ss., en particular págs. 794 a 802.

SERRANO GARCÍA, José Antonio y BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: "Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo", en *Guiones para el estudio del Derecho de familia y sucesiones en Aragón*, Ed. Kronos, Zaragoza, 2012, pp. 61-71.

TENA PIAZUELO, I.: "Las rupturas de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida", en VV.AA: *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2008, pp. 45 y ss.

TENA PIAZUELO, ISAAC: «Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños "de primera"?», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 1/2011 (Estudio), pp. 79-98 (BIB 2011/21).

3. Así lo ha destacado MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, 2011, pág. 140.

4. Creo que no es correcto afirmar, sin ningún matiz, que "si se trata de un matrimonio sin hijos a cargo, se aplican las reglas sobre efectos comunes de la nulidad, separación y el divorcio contenidas en el Código civil", como hace MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, 2011, pág. 141.

5. *Vid.*, en este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, 2011, pág. 138.

*una relación paterno-filial de personas con vecindad civil aragonesa y de un menor de igual condición.* La STC 185/2012, de 17 de octubre, señala que la materia relativa al régimen de guarda y custodia de los menores forma parte de las relaciones paterno-filiales (FJ 4).

No cabe descartar casos en los que, por ser los hijos de vecindad civil aragonesa, haya que aplicar a la guarda y custodia, así como a las cuestiones conexas (atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar, gastos de asistencia a los hijos), la ley aragonesa, mientras que a las relaciones entre los miembros de la pareja rota puede ser aplicable una ley distinta: la que resulte de los criterios del Derecho interregional privado (arts. 16.3 y 9.2 Cc.).

## **2. Mantenimiento, tras la ruptura de los padres, de los principios y naturaleza de la relación paterno-filial.**

Pese a la ruptura de la convivencia de los padres, los principios y la naturaleza de la relación paterno filial permanecen, la titularidad y ejercicio dual de la autoridad familiar, así como los derechos y obligaciones entre padres e hijos, se mantienen también, aunque modalizados en su ejercicio y en su consistencia por el nuevo sistema de guarda y custodia. De manera que, salvo en las inevitables modalizaciones, *la ruptura de la convivencia de los progenitores no afectará a los derechos y obligaciones propios de la autoridad familiar* (art. 76.1). Los padres siguen siendo padres y los hijos, hijos, y entre ellos sigue habiendo una relación paterno filial.

La falta de convivencia de los padres hace más necesario resaltar ahora dos derechos (art. 76.3): a) el de los hijos menores a un contacto directo con sus padres de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses; b) el de los padres a la igualdad en sus relaciones familiares con sus hijos menores.

El precepto del art. 76.3.b CDFA traslada al Derecho aragonés de la persona el principio general de derecho a la igualdad constitucionalmente reconocido en el art. 14 CE. Ahora bien, como dice la STSJA 27/2012, de 24 de julio (con cita de la STC, en Pleno, 125/2003, de 19 de junio), una aplicación literal del derecho a la igualdad respecto a los hijos menores implicaría la imposibilidad de establecer un sistema de custodia para uno solo de los progenitores, con o sin régimen de visitas para el otro. Sin embargo, la custodia individual es una de las posibilidades legales existentes, que puede adoptarse siempre que se pruebe que es más conveniente para el menor que la compartida. Lo que pretende el legislador es impedir un trato desigual ante situaciones idénticas, que no sea razonable ni esté razonado, y que resulte contrario a los intereses preferentes.

En el mismo sentido, la STSJA 38/2012, de 22 de noviembre, indica que *el derecho de los hijos menores al contacto directo con sus padres y la igualdad de éstos en las relaciones con sus hijos no se quiebran por la atribución de un régimen de custodia individual en lugar del legalmente preferente de custodia compartida, pues ello impediría la elección de la custodia individual en los supuestos en que la ley lo permite, cuando "sea más conveniente" conforme a los parámetros establecidos por la ley y sintetizados por la doctrina de esta Sala (por todas: S de 1 de febrero de 2012). Tales derechos quedan a salvo,*

*en los supuestos de custodia individual, mediante el establecimiento del más adecuado régimen de comunicación y visitas con el progenitor no custodio quien, además, ostenta las facultades inherentes a la autoridad familiar de la que sigue siendo cotitular.*

Así que, como ha señalado MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “tanto el derecho a relacionarse con sus padres que corresponde al hijo, como el derecho a ser tratados con igualdad que corresponde a los progenitores, están sujetos en su aplicación al principio de interés superior del menor, que tiene carácter prevalente”<sup>6</sup>. Este principio lo recoge el art. 76.2 al decir que *toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio de los mismos*. El propio TC ha señalado que *el interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia* (STC 185/2012, de 17 de octubre, FJ 4)<sup>7</sup>.

Destacada la importancia de este principio y estos derechos en las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia de los padres, las relaciones entre los padres que han roto la convivencia y sus hijos menores se siguen rigiendo por el conjunto de reglas generales propias de las relaciones entre ascendientes y descendientes y, en particular, por las reguladoras del deber de crianza y la autoridad familiar.

La regulación de las relaciones entre ascendientes y descendientes es una parte sustancial del Derecho civil aragonés, tanto en el Derecho histórico como en el vigente. En la actualidad se halla contenida en el Título II del Libro Primero del CDFA, arts. 56 a 138. Las relaciones entre ascendientes y descendientes tienen como presupuesto la determinación de la filiación entre padres e hijos; de la filiación derivan los apellidos (art. 57), los deberes de padres e hijos de respetarse, ayudarse y asistirse mutuamente, durante toda su vida (art. 58), así como los más específicos derechos y obligaciones de los padres con hijos menores de velar por ellos, visitarlos y relacionarse con ellos e informarse recíprocamente acerca de su situación personal (art. 59), o el derecho del hijo menor a relacionarse con ambos padres, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados (art. 60), todo ello aunque los padres no ostenten la autoridad familiar o no convivan con el hijo.

Además, la regla general es que el deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a ambos padres (art. 63.1), y a ambos padres corresponde igualmente el ejercicio de la autoridad familiar, con libertad para pactar en documento público sobre su respectiva actuación.

6. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, Carlos, 2011, págs. 142-143.

En parecido sentido dice la SAPZ, Secc. 2ª, 443/2012, de 23 de julio, que *la Ley 2/2010 estableció un sistema de preferencia legal por la custodia de los hijos compartida por ambos progenitores, salvo que en la perspectiva del superior interés del menor, criterio rector en el tema, se demuestre que la custodia individual sea más conveniente*. Y añade que *esa normativa no puede servir de cobertura a un rebuscado proyecto cuya finalidad exclusivamente económica, conectada con el uso de la vivienda familiar y el pago de la pensión al hijo menor, reduce en las alegaciones del padre*.

7. Añade esta STC que *cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca prevalente*.



Así que el principio *standum est chartae*, principio tradicional y sistemático del Derecho civil aragonés, tiene también aplicación en el ámbito de las relaciones entre ascendientes y descendientes, en concreto el art. 71.1 dice que *los padres, en el ejercicio de la autoridad familiar, actuarán según lo que lícitamente hayan pactado en documento público*. El ejercicio de la autoridad familiar corresponde a ambos padres, así lo exige el principio de igualdad, pero los padres son libres y pueden pactar en documento público cuándo van a actuar conjuntamente y en qué casos puede actuar cada uno de ellos por separado. Estos pactos habrán de respetar el principio de igualdad entre padres, el de no discriminación por razón de sexo y el de interés superior del menor. Son pactos que no necesitan la homologación judicial para surtir efecto.

Nada impide, por otra parte, que tales pactos puedan hacer algunas previsiones para el caso de ruptura de la convivencia de los padres. Los pactos en previsión de una ruptura de la convivencia de la pareja, casada o no, vinculan a los otorgantes si respetan los límites del principio *standum est chartae* y deberán ser tenidos en cuenta tras la ruptura de la convivencia al diseñar el estatuto legal de las nuevas relaciones familiares, salvo que se haya producido un cambio relevante de las circunstancias, no previsto ni previsible de forma razonable en el momento del otorgamiento, que haga que su cumplimiento en este momento resulte gravemente perjudicial para un miembro de la pareja (como dice el art. 231-20 Cc. Cataluña).

Añade el art. 71.1 que *en defecto de previsión legal* (en algunas ocasiones la ley exige actuación conjunta de los padres) *o pacto actuarán, conjunta o separadamente, según los usos sociales o familiares*. Y según el art. 71.2, *respecto de tercero de buena fe se presumirá que cada padre actúa en correcto ejercicio de sus facultades*.

El CDFA regula con detalle los caracteres de la autoridad familiar, su contenido, es decir los deberes y derechos de los titulares de su ejercicio, la contribución personal y económica del hijo menor, los gastos de los hijos mayores o emancipados, la convivencia con hijos mayores de edad, las divergencias en el ejercicio de la autoridad familiar, etc. Así, por ejemplo, en caso de divergencia en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al Juez para que resuelva de plano lo más favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo fin (art. 74.1).

Pero la falta de convivencia de los padres cambia notablemente algunos extremos de la vida diaria de la familia, y modaliza en su ejercicio y consistencia el conjunto de derechos y deberes propios de la autoridad familiar, cambios que requieren soluciones adaptadas a las nuevas relaciones familiares con los hijos.

Muchas sentencias del JPI núm. 6 de Zaragoza, comienzan afirmando que los padres, aunque ya no vivan juntos, comparten la titularidad y el ejercicio de la autoridad familiar sobre sus hijos menores de edad, y después de transcribir lo dicho por los arts. 71.1 y 74.1 CDFA, incluyen ejemplos de decisiones que van a requerir en el futuro la necesaria intervención de ambos progenitores (salidas al extranjero, adoctrinamiento del menor en una confesión religiosa o similar, cam-

bio de centro escolar o cambio de modelo educativo y/o domicilio, intervención psicológica, quirúrgica o tratamiento médico no banal y no urgente, celebraciones religiosas, etc.) e insisten en que ambos progenitores, sin distinción, tienen derecho a ser informados por terceros de todos los aspectos que afecten a sus hijos, y en que el padre custodio está en la obligación de comunicar al otro progenitor todo hecho relevante en el cuidado del hijo menor y toda contingencia referente a su rendimiento, comportamiento escolar, etc., para aunar esfuerzos en orden a su buen desarrollo educativo y personal<sup>8</sup>.

### 3. Necesidad de establecer un nuevo sistema de guarda y custodia de los hijos menores y, en general, un nuevo marco de relaciones familiares.

Aunque la titularidad y el ejercicio de la autoridad familiar sobre los hijos siga siendo de ambos progenitores, con las aclaraciones que haya podido introducir el Juez, la falta de convivencia entre ellos obliga a decidir sobre una serie de cuestiones de la mayor trascendencia, como el régimen de convivencia de cada uno de los padres con sus hijos (guarda y custodia individual o compartida y régimen de visitas con el no custodio), las relaciones de los hijos menores con sus hermanos mayores, abuelos, otros parientes y personas allegadas, el uso de la vivienda y del ajuar familiar, la contribución a los gastos de asistencia de los hijos, ordinarios y extraordinarios, y, en su caso y en un plano que ya no tiene que ver con la relación paterno-filial, hay que decidir también sobre el derecho de un padre a percibir del otro una asignación compensatoria del desequilibrio económico producido por la ruptura de la convivencia (arts. 77 y 80 a 83 CDFR).

8. Estas sentencias incluyen un párrafo del siguiente o parecido tenor:

*A la vista de todo lo indicado, se acuerda que es necesaria la intervención de ambos progenitores, a título solo ejemplificativo, para las decisiones relativas a la salida al extranjero de los hijo/a menor/es de edad, para las decisiones de adoctrinamiento de los hijos menores en una confesión religiosa o similar, para decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo y/o de domicilio del hijo/a menor/es de edad y posteriores traslados, y para cualquier tipo de intervención psicológica, quirúrgica o tratamiento médico no banal, esté o no cubierto por la Seguridad Social, naturalmente, todo ello fuera de supuestos de urgencia que sí requieren la puesta en conocimiento del otro progenitor de las medidas adoptadas por la vía más rápida posible. Se impone también la intervención y decisión de ambos progenitores en las celebraciones religiosas, sin que al respecto, tenga prioridad alguna el progenitor a quien corresponda el fin de semana del día en que vayan a tener lugar los actos religiosos. Notificada fehacientemente al no custodio una decisión sobre el menor que pretende adoptar el otro progenitor, recabando su consentimiento, se entiende prestado éste tácitamente, si en un plazo de 15 días naturales siguientes a aquel, no lo rechaza. En caso de discrepancia, será necesaria la previa autorización judicial para llevar a cabo la decisión objeto de desencuentro. Ambos progenitores, sin distinción, tienen derecho a ser informados por terceros de todos los aspectos que afecten a sus hijos, y a que se les facilite a los dos, toda la información académica y boletines de evaluación, así como a obtener información a través de las reuniones habituales con tutores o servicios de orientación del centro escolar, tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. Del mismo modo, como regla general los progenitores tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten. En cuanto a comunicaciones telefónicas e información sobre los hijos, el progenitor custodio como detentador de la guarda y cuidados diarios y permanentes del hijo/a menor/es de edad y como receptor de toda la información educativa y otro tipo del hijo/a menor/es de edad está en la obligación de comunicar al otro progenitor toda contingencia referente a su rendimiento, comportamiento escolar, etc., para aunar esfuerzos en orden a su buen desarrollo educativo y personal. Así, el custodio debe informar al otro progenitor inmediatamente que tenga lugar algún hecho relevante en el cuidado del hijo/a menor/es de edad y de su patrimonio, que sólo el conozca. Los padres deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Sobre comunicaciones telefónicas se establece que no es necesario que la resolución judicial establezca una forma concreta de comunicación para que esta pueda exigirse de la parte si se estima razonable y comprendida en el marco propio de las relaciones entre progenitor no custodio e hijo/a menor/es de edad. Entendida la guarda y custodia del hijo/a menor/es de edad, como atribución de la compañía de los hijo/a menor/es de edad, es evidente que el progenitor no custodio pasará a ejercer la custodia, así entendida, de los hijo/a menor/es de edad durante los periodos de visitas (S. de 12 de mayo de 2011, por ejemplo).*

En alguna otra se añade: *Teniendo las partes autoridad familiar compartida no se precisa cierre de fronteras adicional alguno ya que los menores no pueden ser sacados de España sin el consentimiento de ambos progenitores o en su defecto autorización judicial, constituyendo cualquier conducta contraria a lo indicado una posible sustracción internacional de menores al margen de acciones penales que procedieran.*

El sistema de guarda y custodia que se fije será el que adaptará el modo de ejercicio del conjunto de derechos y deberes propios de la autoridad familiar a la nueva situación familiar derivada de la ruptura de la convivencia de los padres<sup>9</sup>. El ámbito ordinario del ejercicio de la autoridad familiar corresponde ahora al padre con el que en cada momento conviven los hijos (por derecho de custodia o de visitas), y en lo que exceda de ese ámbito ordinario la autoridad familiar se sigue ejerciendo por ambos padres<sup>10</sup>.

La expresión *guarda y custodia* hace referencia básicamente a la convivencia inmediata y directa de los hijos menores con sus progenitores, convivencia a la que va ligada en cada momento tanto el cuidado personal y directo de esos menores como la capacidad para la toma diaria de las decisiones menos relevantes, así como de las decisiones urgentes o que no admitan demora. El progenitor con quien convive el menor en cada momento, ya sea como titular de la guarda y custodia o por derecho de visitas, ejerce la autoridad familiar con mayor intensidad, y si un padre convive con el menor más tiempo que el otro, tiene por este hecho una mayor capacidad de decisión sobre el menor<sup>11</sup>.

### 3.1. El pacto de relaciones familiares.

En la búsqueda de las soluciones más adecuadas para regular la nueva situación familiar, sigue primando el principio de libertad de pacto entre los padres, que pueden alcanzar, por sí solos o a través de la mediación familiar, un pacto regulador de las nuevas relaciones familiares consecuencia de la ruptura de su convivencia, sin que estén vinculados por la preferencia que el legislador concede a la custodia compartida (arts. 75.3, 77 y 78).

El pacto de relaciones familiares posterior a la ruptura de la convivencia tiene el contenido mínimo marcado por el art. 77.2 (concretar el régimen de convivencia o de visitas con los hijos, el régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas, el destino de la vivienda y el ajuar familiar, la contribución de cada progenitor a los gastos ordinarios y extraordinarios de los hijos, la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial y, en su caso, la asignación familiar compensatoria), no exige documento

---

9. Como dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "es evidente que la cesación de la convivencia afecta directamente al modo de ejercitar la autoridad familiar, e indirectamente a la consistencia de parte relevante de su contenido: en este sentido, es claro que el derecho/deber de tener a los hijos en su compañía ha de ejercitarse de forma diferente a partir de la ruptura, y lo mismo cabe decir de los derechos/deberes de educarles y corregirles, que se ejercerán con diferente intensidad en función de los periodos de convivencia de cada progenitor con sus hijos menores" (2011, p. 144).

10. Las sentencias del JPI núm. 5 de Zaragoza suelen indicar, después de establecer el sistema de guarda y custodia compartida o individual que "la autoridad familiar se ejercerá conjuntamente, en lo que exceda de su ámbito ordinario". La de 26/1/2012 añade que los padres *facilitarán una dirección de correo electrónico para transmitir información sobre la menor y el régimen de visitas*.

11. Ideas que extraigo de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2011, pp. 144-145, que cita a TENA PIAZUELO (2008), LAUROBA LACASA (2010), DELGADO MARTÍN (2008), LATHROP GÓMEZ (2008), GUILARTE MARTÍN-CALERO (2008) y CASTILLA BAREA (2010).

Las sentencias del JPI núm. 6 de Zaragoza, en el mismo sentido expuesto, entienden la custodia "como compañía física de los menores". Por ello añaden que, "entendida la guarda y custodia del hijo menor como atribución de la compañía del hijo menor de edad, es evidente que el progenitor no custodio pasará a ejercer la custodia, así entendida, de los hijos menores durante los periodos de visitas (*vid.*, p.e., sentencia de 31/3/2011, íntegramente confirmada por la STSJA 22/2012, de 6 de junio).

público, pero para producir efectos precisa ser aprobado por el Juez, oído el Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios que rigen las relaciones entre padres e hijos (art. 77.4)<sup>12</sup>. De manera que el Juez viene obligado a aprobar el pacto de relaciones familiares que incluya el contenido mínimo exigido por la ley<sup>13</sup>, salvo en aquellos aspectos que sean contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos (art. 77.5)<sup>14</sup>.

Los cauces para conseguir la aprobación judicial del pacto de relaciones familiares serán los procedimientos de separación, nulidad y divorcio y los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores.

Como dicen las Ss. TSJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre, *el legislador aragonés pretende, en primer lugar, propiciar un acuerdo entre los progenitores, mediante una regulación que fomenta “el pacto de relaciones familiares”, inspirado en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés, de modo que se atribuye prioridad en la regulación de las relaciones familiares a lo acordado por los padres. Se fomenta este acuerdo, así como la solución del litigio si llegare a producirse, mediante la mediación familiar, que constituye, como expone el mismo Preámbulo, “un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura”*.

### 3.2. La modificación o extinción del pacto de relaciones familiares.

Aprobado por el Juez el pacto de relaciones familiares, su modificación va a requerir nueva aprobación judicial (art. 77.4) y que se de alguno de los siguientes supuestos de modificación o extinción contemplados en art. 77.3:

- a) *Por mutuo acuerdo de los padres.*
- b) *En virtud de las causas que consten en el propio pacto de relaciones familiares.*
- c) *A petición de uno de los padres al sobrevenir circunstancias relevantes.*

12. Faltando la aprobación judicial, “el pacto alcanzado no perderá su eficacia como negocio jurídico, pero no puede ser incorporado al proceso de familia, ni producir eficacia procesal y servir de cauce a la ejecución del título extrajudicial que la demandante esgrime” (SAPZ, Secc. 2ª, 228/2012, de 25 de abril).

13. La SAPZ, Secc. 2ª, 405/2011, de 12 de julio, revoca parcialmente la del JPI núm. 1 de Ejea de los Caballeros de 10/2/2011 en el sentido de anular el extremo II del pacto de relaciones familiares aprobado por ésta, referente a la guarda y custodia compartida del menor, que queda sin efecto, debiendo las partes elaborar un nuevo pacto que concrete un plan detallado de relaciones del hijo con cada progenitor, con el consiguiente régimen de visitas. El extremo II del pacto establece que, dada la temprana edad del hijo [nacido el 1/7/2008], ambos progenitores se comprometen a buscar las fórmulas más idóneas en cada momento para el ejercicio de la custodia compartida, estableciendo, con carácter subsidiario, un régimen, si surgieran fricciones, consistente en estancia del menor con su padre martes y jueves por la tarde y fines de semana alternos. Recurre el Ministerio Fiscal por entender que el régimen de custodia compartida pactado no cumple el mínimo exigido por el art. 3.2 de la Ley 2/2010 [actual 77.2 CDFA], al no concretar el sistema de alternancia de los progenitores en la guarda del hijo común, que impide valorar la adecuación del mismo a los dictados de dicha Ley. La Sala entiende, en efecto, que es necesario valorar, atendiendo al prioritario interés del menor, si el sistema de custodia compartida que se instaure por los progenitores resulta o no beneficioso para el mismo, lo que no puede llevarse a cabo en este caso al desconocerse el plan previsto de estancias concretas del menor con cada uno de sus padres.

En cambio, no es nula como pretende la madre sino que tiene el respaldo del art. 69.2 CDFA la siguiente estipulación incluida en un convenio regulador: “En el caso de que la hija curse estudios de formación profesional o universitarios se mantendrá la pensión hasta que alcance su independencia económica, cancelándose esta obligación, automáticamente, cuando cumpla 26 años, si antes no ha alcanzado la independencia económica” (SAPZ, Secc. 2ª, 659/2011, de 20 de diciembre).

14. En opinión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, que suscribo, “el mero hecho de no pactar una custodia compartida no es, de suyo, contrario al interés de los hijos, y por tanto no puede justificar por sí solo, sin mayor motivación, el rechazo del Juez” (2011, p. 146).



d) *Por iniciativa del Ministerio Fiscal, en su función de protección de los derechos de los menores e incapacitados.*

e) *Por privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar a uno de los padres sobrevvenida al pacto de relaciones familiares.*

f) *Incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones del pacto.*

El pacto se extinguirá sin necesidad de aprobación judicial cuando deje de tener objeto por existir un único padre o por no haber ya hijos a cargo ni asignación compensatoria que pagar. En caso de privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar del padre custodio la guarda y custodia corresponde automáticamente en exclusiva al otro.

Así que si los padres han pactado con aprobación judicial un régimen de guarda y custodia individual a favor de la madre con visitas para el padre, el cambio a un régimen de guarda y custodia compartida exige, además de la aprobación judicial, que haya acuerdo de los padres o, en su defecto, que haya causa para la revisión y, dada la preferencia legal por el sistema de custodia compartida, que no se acredite por el otro progenitor que la custodia individual sigue siendo preferible para el superior interés del menor.

No obstante, como veremos luego con más detenimiento, desde el 8 de septiembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2010, hasta el 8 de septiembre de 2011, la solicitud de custodia compartida por uno de los progenitores ha sido causa bastante para la revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior (DT 6<sup>a</sup>.2 CDFa).

Desde el 8 de septiembre de 2011, el régimen previsto en el art. 77 CDFa resulta ya aplicable también a la modificación de los convenios reguladores aprobados con anterioridad al 8 de septiembre de 2010, como dice la DT 6<sup>a</sup> del CDFa en su apartado 1. Así que, a falta de acuerdo entre los padres, el solicitante de la modificación de lo previamente pactado ha de acreditar que el cambio que pide es exigible ahora en virtud de lo pactado en el propio pacto de relaciones familiares o que las circunstancias han cambiado de forma relevante o que hay un incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones del pacto. El Ministerio Fiscal podría pedir la modificación si acredita que la protección de los derechos de los menores e incapacitados así lo exige<sup>15</sup>.

### 3.3. Las medidas judiciales en defecto de pacto de relaciones familiares.

En defecto de estas soluciones de consenso<sup>16</sup>, o si el pacto de relaciones familiares no resultara aprobado, corresponde al Juez determinar las medidas que

15. La SAPZ, Secc. 2<sup>a</sup>, 202/2012, de 11 de abril, dictada en autos de modificación de medidas definitivas acordadas en la sentencia de divorcio de 28/9/2010, que aprobó el convenio regulador, pese a ser un pacto o convenio aprobado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2010 (el 8 de septiembre de 2010), se olvida del Derecho aragonés y dice: "La modificación de las medidas (arts. 90, 91 y 100 del C.Civil) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere de una alteración de circunstancias, que para que sean tenidas en cuenta, han de revestir de una serie de características, como que sean trascendentes y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgado en el momento en que las medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (art. 217)."

16. Conviene recordar que el acuerdo de las partes puede alcanzarse en cualquier momento del proceso, incluso con



deberán regir las relaciones familiares (art. 79.1), con posibilidad, a petición de parte (y, en su defecto, de oficio: art. 773.2 Lec.), de acordar medidas que rijan ya provisionalmente durante la pendencia del procedimiento judicial conducente a su aprobación definitiva (art. 84). El Juez deberá tener en cuenta los criterios que se establecen en el artículo 80, sobre guarda y custodia de los hijos, 81, sobre atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar, 82, sobre gastos de asistencia a los hijos, y 83, sobre la asignación compensatoria.

Salvo la asignación compensatoria, que depende de que la ruptura de la convivencia produzca a uno de los padres un desequilibrio económico en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior, las demás medidas judiciales guardan estrecha relación con el tipo de guarda y custodia que se acuerde, por lo que vamos a centrar nuestra atención en lo concerniente a la guarda y custodia de los hijos que es, sin duda, el problema más importante que presentan las rupturas de la convivencia de los padres<sup>17</sup>.

Sobre la guarda y custodia de los hijos el art. 80.1 indica que *cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos*<sup>18</sup>.

*En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.*

*En los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar*<sup>19</sup>.

Pero además de estas medidas de los arts. 80 a 83, el art. 79.2 permite al Juez, de oficio o a instancia de los hijos menores de edad, de cualquier pariente o persona interesada o del Ministerio Fiscal, dictar *las medidas necesarias a fin de:*

---

posterioridad al dictado de sentencia en primera instancia y, por tanto, ya en el trámite del recurso de apelación. *Vid.* la regla quinta del art. 770 Lec.

17. Así lo pone de manifiesto MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, 2011, pág. 143.

18. La STS 229/2012, de 19 de abril, ponente Encarnación Roca Trías, dice que el art. 92 Cc. establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la del párrafo 5 y la del párrafo 8. En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos, de los progenitores. Y añade el siguiente inciso: *Este sistema está también recogido en el art. 80 del Código del Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo). Ciertamente existen otras soluciones legales, como la contemplada en el art. 5.1 y 2 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pero no precisamente lo que determina el Código civil.*

19. En principio, la guarda y custodia de los hijos menores de padres que han roto su convivencia es para los progenitores, de forma individual o compartida, pero no cabe descartar que las otras personas con autoridad familiar (los abuelos o los hermanos mayores de edad) puedan ser, de hecho (arts. 86 y 87 CDEFA) o por decisión judicial, los titulares de la guarda y custodia. La SAPZ, Secc. 2ª, 364/2011, de 21 de junio, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 30/4/2010 que mantiene a favor de los abuelos paternos la guarda y custodia sobre su nieto, les atribuye a ellos y a la madre biológica, de forma compartida, la autoridad familiar sobre el menor, priva de la misma al padre biológico, su hijo, y señala a favor de la madre un régimen de visitas.

a) *Garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, así como de la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.*

b) *Evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas.*

c) *Evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda y custodia.*

El precepto guarda una estrecha relación con el art. 10 CDFA, del que es en parte mera repetición. La SAPZ, Secc. 2ª, 464/2012, de 18 de septiembre, con fundamento en la letra a) del art. 79.2 establece la necesidad de que se practique con padres e hijos una terapia psicológica. Considerando *aconsejable el sometimiento de ambos progenitores a una terapia familiar tendente a dotar su relación de la suficiente fluidez para llevar a cabo la función cuidadora y educativa de sus hijos y a la reconducción de las posturas de éstos, con normalización de la vinculación afectiva con el padre, la Sala, en interés de los menores (art. 76.2 CDFA), estima el recurso del actor, fijando para ambos litigantes la obligación de someterse, junto con sus hijos, a una terapia psicológica cuyas directrices, en la línea de las recomendaciones del Gabinete, serán establecidas en ejecución de esta sentencia por el profesional que ambas partes designen de común acuerdo y en su defecto por el que nombre el Juzgado.*

Como *obiter dicta*, la STSJA 30/2012, de 28 de septiembre, aporta algunas precisiones sobre la relación del menor con sus abuelos tras la ruptura de la convivencia de sus padres. Precisa lo siguiente:

a) *Que la adopción de las medidas necesarias para garantizar la relación del menor con sus abuelos la debe realizar el Juez de oficio o a instancia de cualquier persona interesada –art. 79.2 CDFA-, por lo que no se aprecia falta de legitimación del progenitor para plantear esta solicitud a la Sala; b) Resulta evidente que la responsabilidad de un eventual régimen de visitas la debe asumir el padre, sin perjuicio del régimen de relación que se pueda establecer entre el menor y sus abuelos –arts. 77.2.b) y 79.2.a) CDFA-; c) Que sin perjuicio de lo anterior, y sin que ello suponga la asunción por los abuelos de obligaciones propias del cumplimiento del régimen de visitas del padre, no cabe tampoco prohibirles la colaboración puntual y voluntaria que decidan prestar a su hijo para facilitar el mejor cumplimiento de las obligaciones parentales que a este le corresponden.*

### **3.4. La modificación o extinción de las medidas judiciales.**

En cuanto a la modificación o extinción, si no resulta de aplicación la DT 6ª.2, *las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurran causas o circunstancias relevantes. En particular, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia Sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida (art. 79.5).*

La STSJA 13/2012, de 9 de abril, casa la sentencia de la Audiencia, establece un régimen de custodia compartida semanal, y añade que *sin perjuicio de que puedan las partes modificarlo en adelante, a medida que puedan cambiar las circunstancias*

*que actualmente se valoran y en adaptación a los turnos de trabajo que corresponda a cada uno de los progenitores. Si el cambio no afecta al régimen de custodia mismo, las modificaciones en la duración de los periodos de convivencia alternos pueden ser establecidas por acuerdo de las partes, sin necesidad de aprobación judicial: Cabe perfectamente que los padres pacten la alternancia de períodos, o dividirlos en quincenas, u otros distintos, que ayuden a conjugar el interés de la hija y el de sus padres, lo que exige un esfuerzo de ambos para lograr lo mejor en interés de la hija común (STSJA 17/2012, de 18 de abril).*

Para la custodia individual en atención a la corta edad del menor, nos remitimos a lo que se dirá al comentar el art. 80.2.a. También conviene recordar aquí, para los casos de atribución de la guarda y custodia previstos en el apartado 6 del art. 80, que serán revisables en los supuestos de sentencia firme absoluta (DA 4ª CDFa).

La SAPZ, Secc. 2ª, 246/2012, de 9 de mayo, confirma la custodia compartida por semestres alternos establecida por la SJPI núm. 5 de Zaragoza de 5/12/2011 con modificación de la individual a favor de la madre existente con anterioridad. En su fundamento de derecho segundo dice así: *La modificación de las medidas (arts. 90, 91 y 100 del C.Civil) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere de una alteración de circunstancias, que para que sean tenidas en cuenta, han de revestir de una serie de características, como que sean trascendentes y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera y no aleatoria o conyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgado en el momento en que las medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (art. 217). Igualmente el art. 79.5 CDFa, indica que las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes<sup>20</sup>.*

El ATSJA de 26/7/2012 (casación 31/2012) señala que *el artículo 79.5, al prever la posibilidad de modificación de medidas judiciales adoptadas judicialmente en el caso de concurrir causas o circunstancias relevantes, es una norma completa de carácter hermenéutico, que establece una consecuencia jurídica (la modificación de las medidas) si se da el presupuesto de hecho (la concurrencia de causas o circunstancias relevantes), lo que exigirá la comprobación de la existencia de tales circunstancias para llegar a la conclusión de modificar, o no, las medidas anteriormente adoptadas, pero no se trata de una norma de procedimiento sino de interpretación, que permite su revisión casacional si efectivamente se produjera una desviación en el razonamiento lógico que exige.*

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 464/2012, de 18 de septiembre, la custodia individual se ha señalado en atención a circunstancias que no son la edad de los hijos, por lo que no ha lugar al señalamiento de ningún plazo para la revisión de la medida, que quedará condicionada a la concurrencia de causa o circunstancia relevante.

20. Vid. etiam Ss. APZ, Secc. 2ª, 345/2012, de 19 de junio, 417/2012, de 13 de julio.

### III.- LA PREFERENCIA DEL LEGISLADOR ARAGONÉS POR LA CUSTODIA COMPARTIDA.

#### 1. La plasmación de la preferencia legal por la custodia compartida.

Aunque no haya acuerdo entre los padres al respecto, o incluso aunque no haya sido solicitada por ninguno de los dos, dice el art. 80.2 que *el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, ...*

En el art. 80.2 CDFA se plasma una opción legislativa que supone un cambio del esquema tradicional de custodia individual, normalmente a favor de la madre, y de la que se da cuenta en el Preámbulo: *la custodia compartida se configura frente a la individual como preferente en supuestos de ruptura de la convivencia de los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares*. El TSJA ya ha destacado en varias ocasiones esta preferencia legal por la custodia compartida<sup>21</sup>.

La preferencia legal por la custodia compartida resulta también, como apunta la STSJA 13/2011, de 15 de diciembre, de lo dicho en los arts. 80.5 y 79.5. En efecto, según el primero de ellos *la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor*, así que, como dice la STSJA 6/2012, de 9 de febrero, es falso que deba optarse por la custodia individual si no existe un alto grado de consenso entre los progenitores. Y el art. 79.5 dice que *las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes. En particular, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia Sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida*.

Por tanto, tras la entrada en vigor de la Ley 2/2010, en cualquier establecimiento o revisión [DT 6ª CDFA] de medidas de guarda y custodia de menores en que sea aplicable el Derecho aragonés se estará a la previsión legal de ser preferente la custodia compartida (STSJA 13/2012, de 9 de abril).

#### 2. Criterio diferente al de otras legislaciones españolas.

Las Ss. TSJA 17/2012, de 18 de abril y 13/2012, de 9 de abril, de forma parecida a lo ya dicho por la 6/2012, de 9 de febrero, ponen de relieve que, *en materia de guarda y custodia de los hijos en supuestos de crisis de la convivencia de los progenitores, son dispares los principios inspiradores del Código civil y del Derecho aragonés. El Código civil (artículo 92) parte de entender como más conveniente, con carácter general, el establecimiento de la guarda y custodia a cargo de uno solo de los progenitores, de modo que la posibilidad de establecer la custodia de manera compartida por ambos progenitores exige el acuerdo de ellos, o la concurrencia de circunstancias excepcionales que evidencien que sólo con el establecimiento de la custodia compartida se protege adecuadamente el*

21. Ss. 8, 10 y 13/2011, de 13 de julio, 30 de septiembre y 15 de diciembre; 4, 5, 6, 13 y 15/2012, de 1, 8 y 9 de febrero, 9 y 12 de abril 2012, de las que iremos dando cuenta a continuación.



*interés superior del menor*<sup>22</sup>. En cambio, en el art. 80.2 CDFA se ordena que, en interés de los hijos menores, el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta, aparte de otras circunstancias de especial relevancia que puedan concurrir, los factores de edad, arraigo social y familiar de los hijos, y su opinión; así como la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos y sus posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.

También la SAPZ, Secc. 2ª, 242/2011, de 3 de mayo, destaca que la regulación aragonesa de los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, a diferencia de la legislación estatal (art. 92 Cc.) y alguna de las Autonómicas (Ley Foral Navarra<sup>23</sup> o Código de Familia de Cataluña<sup>24</sup>), ha establecido la preferencia legal por la custodia compartida, como recientemente lo ha hecho la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Comunidad Valenciana<sup>25</sup>, al considerar que esta forma de custodia es más beneficiosa para el interés del menor y más respetuosa con los derechos de los progenitores.

No obstante, recientes sentencias del TS, como la 323/2012, de 25 de mayo, señalan que la redacción del art. 92 Cc. *no permite concluir que* [la guarda y custodia compartida] *se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, 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*

22. La citada STSJA 6/2012, de 9 de febrero, lo expresa así: *Porque no es la misma la idea que inspira la regulación del Código civil en la cuestión que nos ocupa [la custodia compartida] y la que refleja la norma aragonesa. En aquella, sólo puede adoptarse la medida si hay acuerdo de los progenitores o, excepcionalmente si la pide uno de ellos, si hay informe favorable del Fiscal y si el Juez fundamenta que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor.*

23. Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres (recurrida de inconstitucionalidad por el Presidente del Gobierno), cuyo art. 3, bajo el título de *guarda y custodia de los hijos*, comienza diciendo:

“1. En el caso de ruptura de la convivencia, cada uno de los padres por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos.

2. En el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos”. [...]

24. En la actualidad la regulación se halla en el Código civil de Cataluña, arts. 233-8 a 233-13. El más específico de ellos es el artículo 233-10, *Ejercicio de la guarda*, que dice así:

“1. La guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos.

2. La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo.

3. La forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente.

4. La autoridad judicial, excepcionalmente, puede encomendar la guarda a los abuelos, a otros parientes, a personas próximas o, en su defecto, a una institución idónea, a las que pueden conferirse funciones tutelares con suspensión de la potestad parental.”

25. Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Su artículo 5, *Medidas judiciales*, comienza diciendo:

“1. A falta de pacto entre los progenitores, será la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la que fijará los extremos enumerados en el apartado 2 del artículo 4 de esta ley.

2. Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”. [...]



posible y en tanto en cuanto lo sea. A estos efectos, la STS 579/2011, de 22 de julio, ha interpretado la expresión “excepcional”, contenida en el art. 92.8 Cc. en el sentido que “La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el art. 92.8 Cc. no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla “fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”. De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la “excepcionalidad”, a que se refiere el art. 92.8 Cc., ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla”.

La STC 185/2012, de 17 de octubre, estima la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8912-2006, promovida por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, y, en consecuencia, declara inconstitucional y nulo el inciso “favorable” [referido al informe del Ministerio Fiscal] contenido en el art. 92.8º del Código civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por ser contrario a los arts. 117.3 y 24 CE<sup>26</sup>. Tanto la Sentencia como el voto particular formulado por Manuel Aragón Reyes, al que se adhieren otros tres Magistrados, insisten en la excepcionalidad de la custodia compartida en el Código civil cuando falta el acuerdo de los cónyuges. Dice la sentencia que *no se puede dudar de que el número 8º del art. 92 del Código civil es una norma de carácter excepcional, como expresamente lo advierte el precepto, porque la custodia compartida descansa en el principio general de existencia de acuerdo entre los progenitores (número 5º de ese mismo art. 92), de modo que cuando no exista dicho consenso únicamente podrá imponerse si concurren los presupuestos normativos. Es decir, que hayan quedado acreditados los siguientes extremos: la petición de un progenitor, el informe “favorable” [inciso que se declara inconstitucional] del Ministerio Fiscal y el beneficio del menor. Añade que si no media solicitud de uno de los padres, no puede imponerse nunca de oficio la custodia compartida.*

### 3. Razones y finalidad de la preferencia legal por la custodia compartida.

El núm. 10 del Preámbulo del CDFA dice que *la presente regulación, respondiendo a una importante demanda social, supone un cambio del esquema tradicional, al configurar la custodia compartida frente a la individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares. Con este cambio se pretende favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores.*

26. Está pendiente de resolución por el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad 776/2010, planteada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra contra el art. 9.8 Cc. en la redacción conferida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por entender que “el establecimiento como exigencia ineluctable del informe favorable del Ministerio Fiscal para decidir sobre el establecimiento de la custodia compartida en caso de desacuerdo entre los progenitores, colisiona con la regulación constitucional de los derechos constitucionales a la igualdad –art. 14 Const.–, la prohibición de injerencias injustificadas de la autoridad pública, exenta de control jurisdiccional, en la vida privada y familiar –art. 18–, y a la tutela judicial efectiva con arreglo al art. 24 de nuestra norma fundamental; así como con el sistema de protección jurídica de los intereses superiores de los niños –art. 39 Const.–, todo ello desde la perspectiva del ejercicio efectivo de la potestad jurisdiccional, cuya “exclusividad” se confía en el art. 117.3 Const. únicamente a los jueces y tribunales, que integran el Poder Judicial en el Estado social y democrático de derecho, que conforma nuestra Constitución”.

Por su parte, el núm. III del Preámbulo de la Ley 2/2010 añade los siguientes párrafos sobre la custodia compartida que no han pasado el Preámbulo del CDFa:

*La custodia compartida se fundamenta en la conjugación de dos derechos básicos: por una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar.*

*Esta ley recoge y refuerza el principio del interés superior de los menores en relación con las consecuencias de la ruptura de convivencia de sus progenitores. La mejor realización de su beneficio e interés exige que ambos progenitores perciban que su responsabilidad continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de sus deberes con los hijos.*

*Las ventajas de la custodia compartida son evidentes. Con ella, los hijos mantienen lazos de afectividad y una relación continuada con ambos padres, permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar por parte de los hijos, ambos padres se implican de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los hijos y se reduce la litigiosidad entre los padres, dado que el otorgamiento de la custodia a uno solo de ellos en muchas ocasiones acrecienta los conflictos, debido a la desigualdad que se genera en el ámbito de las relaciones con los hijos.*

*La custodia compartida se acepta mayoritariamente como un sistema progresista que fomenta la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de su autoridad familiar en el marco de una sociedad avanzada, que promueve la igualdad de ambos sexos en todos los sectores y en la que el desarrollo profesional de la mujer y el deseo de los hombres de una mayor implicación en el ámbito familiar imponen un cambio en el esquema tradicional de atribuir la custodia en exclusiva a la madre. La custodia compartida favorece la distribución igualitaria de los roles sociales entre hombres y mujeres.*

*En definitiva, la razón principal que motiva la presente Ley son los importantes cambios que se han ido produciendo en la sociedad aragonesa en las últimas décadas como consecuencia de la incorporación de la mujer al mundo laboral, circunstancia que ha generado unas nuevas relaciones familiares que se ajustan más al modelo de custodia compartida que al modelo de custodia individual. Es verdad que todavía queda camino por recorrer, pero esta ley quiere contribuir a avanzar en la igualdad sociológica entre mujeres y hombres.*

*En ambos Preámbulos se afirma que la finalidad de la custodia compartida es un reparto efectivo de los derechos y responsabilidades de los padres, fomentando las relaciones afectivas y continuadas de convivencia con los hijos y la participación directa en su desarrollo y educación.*

Para el legislador aragonés los anteriores fundamentos y fines abonan, en interés del menor, la atribución de la custodia compartida como regla general y prioritaria frente a la individual, salvo que ésta sea más conveniente (cfr. STSJA 13/2011, de 15 de diciembre)<sup>27</sup>.

27. El escrito del Fiscal a la Sala de lo Civil y Penal del TSJA, en el recurso de casación civil 3/2012, incluye el siguiente párrafo: *Se ha roto el matrimonio como proyecto de vida en común de los padres, pero igual que dicha ruptura no afecta a la titularidad de la autoridad familiar sobre el hijo, tampoco tiene que afectar al ejercicio continuado de la custodia, de ahí que las legislaciones autonómicas y también el Cc. han tenido que regular lo obvio: durante y después de la convivencia de los padres se debe mantener la convivencia igualitaria con los hijos, intentando que desaparezca el concepto vejatorio y denigrante del visitador (normalmente el*

#### IV.- LA DOCTRINA JURISPRUDENCIA DEL TSJA SOBRE LA PREFERENCIA LEGAL POR LA CUSTODIA COMPARTIDA.

##### 1. La custodia compartida es el sistema que como regla general mejor recoge el interés de los menores.

Varias sentencias del TSJA<sup>28</sup> dicen que la Sala de lo Civil ya *ha destacado en las sentencias dictadas sobre esta materia el criterio preferente de la custodia compartida establecido por el legislador aragonés, tal como dispone el artículo 80.2 CDEA, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también expresa con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente.* Estamos ante la concreción legal del principio de interés superior del menor<sup>29</sup>.

*La Ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con la custodia compartida, por lo que la custodia individual sólo se otorgará cuando se comprueba más conveniente. En esto consiste la preferencia, en que la regla sea la custodia compartida y la custodia individual sea la asignada si se demuestra más conveniente para el menor por concurrir en el caso concreto razones que determinan la conveniencia de hacer una excepción a la regla general que presume que lo más conveniente para el menor es la custodia compartida (STSJA 13/2011, de 15 de diciembre<sup>30</sup>). Este, dice la STSJA 13/2012, de 9 de abril, es el “recto sentido” de la preferencia legal por la custodia compartida.*

Como dicen las Ss. TSJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre, el superior interés del menor resulta de los propios términos de la norma autonómica -art. 76.2, conforme al cual: *Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos-*. No podía ser de otro modo, por cuanto el Estado español ha ratificado la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 y la Convención de los Derecho del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, cuyos arts. 2º y 3º, respectivamente, proclaman el interés superior del niño como preferente. En este sentido, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, también dota de supremacía al interés del menor en toda decisión que al respecto se adopte -arts. 2 y 11.2.a-. La custodia debe atribuirse priorizando siempre el interés superior de los menores, sin atender a expectativas o meros caprichos de

---

*padre en contraposición al progenitor custodio (normalmente la madre), de lo contrario el principio de igualdad de los hijos y de los padres en el matrimonio y fuera del matrimonio queda en entredicho.*

28. Ss. TSJA 5/2012, de 8 de febrero, 6/2012, de 9 de febrero, 13/2012, de 9 de abril, 15/2012, de 12 de abril, 17/2012, de 18 de abril, y 35/2012, de 26 de octubre, entre otras.

29. MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2011, pp. 149-153) considera que el legislador está legitimado para hacer esa concreción del interés superior del menor; que no es una opción descabellada o irracional, pero que no es la única opción posible entre las racionalmente admisibles; y que, en una aproximación teórica, realizar una concreción legal de un concepto jurídico indeterminado tan amplio como el del interés del menor es beneficioso.

30. Lo reitera la STSJA 17/2012, de 18 de abril.

No es correcto, por tanto, reconocer teóricamente la preferencia legal de la custodia compartida para a continuación añadir que “siempre y cuando fuese ese el régimen más conveniente para el menor”, como hace la sentencia recurrida (SAPZ, Secc. 2ª, 179/2011, de 29 de marzo).

los adultos<sup>31</sup>. A juicio del Tribunal Constitucional, *el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño* (STC 185/2012, de 17 de octubre, FJ 8)<sup>32</sup>.

*El régimen legal preferente es la custodia compartida y por ello no necesita ser probado como el más conveniente, pues inicialmente la ley así lo afirma* (STSJA 17/2012, de 18 de abril). En consecuencia, el Juez debe acordar la custodia compartida mientras no se pruebe, a instancia de parte o de oficio, que en el caso de autos es mejor para el menor la individual o, desde otro punto de vista, que el Juez no puede acordar la custodia individual sin pruebas suficientes de que en el caso de autos es mejor para el menor que la compartida<sup>33</sup>.

Con palabras del TSJA: *la custodia compartida se aplicará siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, y no concurren elementos que hagan más conveniente la custodia individual, y que por tanto la prueba habrá de dirigirse, en su caso, a acreditar que esta última resulta más conveniente*<sup>34</sup>. Así que, como dicen las Ss. TSJA 6 y 15/2012, de 9 febrero y 12 abril, la

31. SAPZ, Secc. 2ª, 221/2012, de 25 de abril.

32. En el FJ 4 se dice: *Como hemos tenido ocasión de señalar en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor; ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello* (SSTC 141/2000, de 29 mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 julio, FJ 2; 71/2004, de 19 abril, FJ 8; 11/2008, de 21 enero, FJ 7).

33. En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 391/2012, de 10 de julio, dice la Audiencia que *la sentencia apelada se limita a denegar la guarda y custodia compartida por falta de petición de prueba psicológica por parte del solicitante de la guarda y custodia, lo que infringe en primer lugar la doctrina anteriormente mencionada pues en todo caso el régimen legal preferente es la custodia compartida presumiéndose “ex lege” que es el régimen más conveniente para el menor debiéndose estar siempre al principio del interés de aquel, pudiendo el Juzgado o Tribunal en su caso acudir a los medios probatorios adecuados que se estimen pertinentes como establece el art. 752 Lec. y teniendo en cuenta que en esta materia no rige el principio dispositivo, de ahí que en este tipo de cuestiones no se apliquen rígidamente los criterios de distribución de la carga de la prueba (art. 217 Lec.), así lo indica el TSJA en sentencia de 15/12/2011. En segunda instancia se practica prueba psicosocial y atendiendo a su resultado dice la Audiencia que se hace evidente que en este caso la custodia individual a favor de la madre se revela como la más adecuada en beneficio e interés de los menores, se confirma la sentencia en este apartado aun cuando por distintos motivos que los que se exponen en la misma.*

34. Ss. 13/2011, de 15 de diciembre, 15/2012, de 12 de abril, 17/2012, de 18 de abril, 22/2012, de 6 de junio, y 24/2012, de 5 de julio, con cita de otras anteriores.

Un ejemplo de aplicación de esta doctrina jurisprudencial suministra la SAPZ, Secc. 2ª, 442/2012, de 23 de julio: *Aunque el Juzgado había mantenido la custodia individual a favor de la madre acordada en el convenio regulador del divorcio, con ampliación del régimen de visitas del padre, la Audiencia entiende que la prueba practicada, en suma, ha demostrado que ambos progenitores están capacitados para el ejercicio de la guarda y custodia de su hijo, por lo que, siendo la guarda y custodia compartida el régimen preferente y predeterminado por el legislador, y el superior interés de Daniel el designio al que debe sujetarse toda decisión o medida que afecte a los menores (art. 76.2 CDF), debe estimarse en este particular el recurso del actor, al no poder estimarse demostrado que la custodia individual, evaluados los factores del art. 80.2 CDF, sea más conveniente en la perspectiva de aquel interés.*



preferencia de la custodia compartida (o “repartida”, quizá sería más exacto decir) sólo se excepciona cuando la custodia individual sea más conveniente para el menor. Por lo que, si en el caso concreto a resolver no existe, conforme a los criterios establecidos en la ley, constancia realmente evidenciada de ser mejor para el menor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última (STSJA 13/2012, de 9 de abril, citada por la 17/2012, de 18 de abril<sup>35</sup>).

## 2. Doctrina jurisprudencial sobre la exégesis del art. 80.2 CDFa.

Ha sido la STSJA 4/2012, de 1 de febrero, que las posteriores reproducen o citan, la que ha resumido los criterios que deben seguirse en la exégesis del artículo 80 CDFa y que constituyen la doctrina jurisprudencial de la Sala<sup>36</sup>:

*En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas:*

*a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011);*

*b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011);*

*c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011);*

*d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite –la conveniencia para el menor– frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011).*

---

De manera similar, en la SAPZ, Secc. 2ª, 444/2012, de 23 de julio, se confirma la custodia compartida acordada por el Juez, en contra del informe pericial y de la opinión del menor de 9 años de edad, *al haber quedado acreditado que ambos progenitores están capacitados para el logro del fin perseguido –mejor cuidado y desarrollo integral del menor–, y que, siendo la custodia compartida por aquellos el régimen preferente y predeterminado por el legislador, no se considera demostrado que la custodia individual, evaluados los factores del art. 80.2 CDFa, sea medida que se revele más adecuada para preservar el superior interés del menor, designio al que debe ajustarse toda decisión, resolución o medida que afecte al mismo (art. 76.2 CDFa).*

35. No puede exigirse a quien propugna el cambio de la custodia individual por la custodia compartida que pruebe que ésta resulta más conveniente para el menor, como hace la SAPT, Secc. 1ª, 58/2011, de 3 de mayo, que por ello resulta casada por la STSJA 17/2012, de 18 de abril. En el mismo defecto incurre la SAPT, Secc. 1ª, 32/2012, de 15 de marzo, con cita de la anterior, que también ha sido revocada por la STSJA 29/2012, de 25 de septiembre, porque *la sentencia impugnada se aparta de la recta aplicación del art. 80.2 CDFa y jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta.*

36. Así lo dice la STSJA 29/2012, de 25 de septiembre.



*Para adoptar la decisión, en cada caso, será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales –art. 80.3 CDFA- obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio –art. 80.2.c CDFA-<sup>37</sup>.*

*Por último, el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferentemente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada.*

Añade esta sentencia, ya sin valor de doctrina legal, que los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en diversas sentencias, como las de 10 y 11/3/2010 y 7/7/2011, para valorar las circunstancias concurrentes, a la hora de determinar la preferencia entre la custodia individual o la compartida, aplicando lo dispuesto en el art. 92 del Código civil, *solo resultan aplicables en Derecho aragonés conforme a los parámetros sustantivos y procesales antes expuestos*<sup>38</sup>.

También ha indicado el TSJA que, para la adopción de la custodia compartida el Juez ha de tener en cuenta el *plan de relaciones familiares* que debe presentar cada uno de los progenitores (art. 80.2). Este plan es trámite necesario, como propuesta del modo de establecer las relaciones familiares a partir del momento de la ruptura, aunque su contenido no es vinculante para el Juez (STSJA 8/2011, de 13 de julio)<sup>39</sup>.

Por último, la STSJA 39/2012, de 27 de noviembre (no computada a efectos estadísticos), ha precisado que en la aplicación del art. 80.2 *el punto de partida no ha de ser el mantenimiento de la vida cotidiana del menor, aunque se encuentre plenamente adaptado a la situación anterior, sino la facultad que el legislador ha otorgado al progenitor no custodio para incorporarse a la guarda y atención del hijo, mediante la custodia compartida.*

### 3. La preferencia legal por la custodia compartida en las Audiencias.

Antes de la aparición de la primera sentencia del TSJA sobre la custodia compartida, las Audiencias Provinciales, en particular la de Zaragoza, ya venían diciendo que la preferencia legal por la custodia compartida *se basa en que “a priori”*

37. Sobre la relevancia de los informes psicosociales y la opinión de los hijos, *vid. etiam* STSJA 24/2012, de 5 de julio.

38. La STS 323/2012, de 25 de mayo, dice que *Esta Sala ha venido ya recogiendo una serie de criterios relativos a la interpretación de lo que significa “el interés del menor”, que deben tenerse en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida. La STS 623/2009 decía que del examen del derecho comparado se deducía que se utilizaban “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 de 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 en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.*

39. En el caso resuelto por la STSJA 8/2011, de 13 de julio, la Sala de lo Civil estima que la Audiencia Provincial de Teruel al adoptar la custodia compartida ha incurrido en infracción de los arts. 76.2 y 80.2 CDFA. Por una parte, porque en el caso presente resulta más conveniente la custodia individual de la madre, atendiendo a la prueba de carácter pericial practicada (informe de la psicóloga y la trabajadora social que recomienda la guarda y custodia materna) y al factor que el propio legislador considera en primer lugar, cual es la edad del niño, que se encuentra en la primera infancia (2 años). Además, porque no debe establecerse el sistema de guarda y custodia compartida sin contar con el plan de relaciones familiares que la ley exige.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 352/2012, de 19 de junio, el actor se limitó a solicitar en su demanda que la guarda y custodia se ejerciera de forma compartida, genéricamente, sin aportación de plan alguno de relaciones familiares. El Juzgado acuerda el mantenimiento de la custodia individual a favor de la madre y la Audiencia dice que, *además de no haberse presentado el debido plan de relaciones familiares, no son de acoger ninguna de las razones que el recurrente plantea en torno a la interpretación del art. 80.*

*esta forma de custodia es más beneficiosa para el interés del menor y más respetuosa con los derechos de ambos progenitores, pudiendo el Juez optar por la custodia individual cuando sea más conveniente para el menor, es decir que al estar configurada como excepción a la regla general que es la custodia compartida debe justificarse de manera adecuada la opción por la individual, lo que implica a la postre que no pueda aplicarse de manera automática la custodia compartida, sino que en caso de solicitarse la individual por uno de los progenitores, debe realizarse el necesario análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso, atendiendo a los factores que la propia ley señala y con máximo respeto al principio básico y fundamental del beneficio e interés de los hijos menores de edad (S. APZ, Secc. 2ª, 254/2011, de 10 de mayo, entre otras).*

Tras la aparición de la primera jurisprudencia del TSJA, algunas sentencias de las Audiencias Provinciales resumen la doctrina del TSJA e insisten en la idea de que el art. 80.2 CDFa no implica que la custodia compartida opere de manera automática, sino que en caso de solicitarse por uno de los progenitores la custodia individual deberá realizarse el necesario estudio de los factores que señala la propia normativa y con máximo respeto al principio básico o fundamental inspirador de la norma que es el beneficio e interés de los hijos menores de edad. Otras muchas se atienen a la preferencia legal aunque sin aludir a la jurisprudencia del TSJA<sup>40</sup>. Pero en todo caso, como dice la SAPZ, Secc. 2ª, 153/2012, de 20 de marzo, si la prueba practicada no demuestra que la custodia individual, evaluados los factores del art. 80.2 CDFa, es más conveniente, debe establecerse o mantenerse el sistema de guarda y custodia compartida. Algunas de las sentencias más recientes ya reproducen la doctrina legal del TSJA<sup>41</sup>.

Un mal entendimiento de la preferencia legal por la custodia compartida, que se aparta de la recta aplicación del art. 80.2 del CDFa y jurisprudencia del TSJA que lo interpreta, puede verse en algunas sentencias, sirva como ejemplo la SAPT, Secc. 1ª, 58/2011, de 3 de mayo<sup>42</sup> (casada por la STSJA 17/2012, de 18 de abril):

Considera la Audiencia que, pese a la preferencia legal por la custodia compartida, para modificar el sistema de custodia individual a favor de la madre acordado por ambos padres en convenio regulador y sustituirlo por un sistema de custodia compartida, hay que probar *que el régimen de custodia compartida en*

40. Suelen limitarse a decir lo siguiente: *En cuanto a la guarda y custodia debe indicarse que como ya indicábamos en nuestra sentencia de 3 de mayo de 2011, la Ley de Relaciones Familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres de 26 de mayo de 2010, hoy incluida en el Código del Derecho Foral de Aragón, ha establecido la preferencia legal por la custodia compartida, al considerar que esta forma de custodia es más beneficiosa para el interés del menor y más respetuosa con los derechos de los progenitores, lo que implica que al estar configurada como regla general, el juez podrá optar por la individual cuando sea más conveniente para el menor, justificando adecuadamente esta opción, ello por el contrario no implica que la custodia compartida opere de manera automática, sino que en caso de solicitarse la individual por cualquiera de los progenitores deberá realizarse el necesario estudio de las circunstancias concurrentes en el caso debatido, conforme a los factores que señala la propia normativa y con máximo respeto al principio básico y fundamental inspirador de la norma que es el beneficio e interés de los hijos menores de edad en línea, igualmente, con lo proclamado por el artículo 39 C.E., L.O. 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor, Convención de los Derechos del Niño de 1989, Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo, Sentencias del T.C. 114/1992, 143/1990 y 141/2000, entre otras, y Ley aragonesa de la Adolescencia y la Infancia (Ss. APZ, Secc. 2ª, 354/2012, de 19 de junio, 391/2012, de 10 de julio, 417/2012, de 13 de julio, entre otras muchas).*

41. SAPH, Secc. 1ª, 55/2012, de 16 de marzo, SAPZ, Secc. 2ª, 507/2012, de 11 de octubre, entre otras.

42. Reitera sus argumentos de un modo literal la SAPT, Secc. 1ª, 32/2012, de 15 de marzo, casada por la STSJA 29/2012, de 25 de septiembre.

*los términos que concretamente se proponen es adecuado y lo mejor para el menor y la familia.*

*Y añade: Y es en este punto donde no existe prueba alguna que permita acreditar que el régimen que se propone es lo más adecuado y mejor que el régimen que el menor viene cumpliendo, con origen en la inicial valoración acordada por ambos esposos. Pues ninguna prueba se ha practicado al respecto que permita valorar que la propuesta de estricta igualdad, desde una perspectiva objetiva, técnica, prudente y razonable, conjugada con el concreto interés del menor y el de ambas familias, sea igual o mejor que el régimen actual, el que por ahora no ha ofrecido dificultad alguna.*

*Por ello este Tribunal rechaza toda propuesta de interpretación que establezca la equivalencia entre solicitud de revisión y necesaria concesión de la custodia compartida, si razonablemente no se prueba al menos la superior conveniencia de dicho régimen de custodia, lo que evidentemente no ocurre en el presente caso [...]<sup>43</sup>.*

## V.- LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA NUEVA REGULACIÓN.

### 1. El apartado 1 de la Disposición Transitoria 6ª.

*Según el núm. 1 de la DT 6ª del CDFEA las normas de la Sección 3ª del Capítulo II del Título II son de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad al 8 de septiembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2010.*

Las revisiones realizadas tras la entrada en vigor de la Ley 2/2010 tienen que aplicar la nueva regulación y, en particular, respetar la preferencia legal por el régimen de custodia compartida, de modo que para mantener, o en su caso establecer, el régimen de custodia individual hay que razonarlo a partir de la práctica y valoración de prueba efectuada conforme a los factores establecidos en la nueva Ley.

*La consecuencia de la falta de valoración y consiguiente consideración como probados de los factores por cuya concurrencia y ponderación prevé la Ley 2/2010 que pueda excepcionarse la custodia compartida, es que la sentencia recurrida, desatendió lo ordenado en el artículo 6.2 de la Ley 2/2010 [80.2 CDFEA] y, por tanto, debe ser estimado el recurso de casación contra ella interpuesto con motivo de tal infracción casándola y dejándola sin efecto (STSJA 13/2012, de 9 de abril).*

Por otra parte, si las normas de la Ley 2/2010 son de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad al 8 de septiembre de 2010, fecha de su entrada en vigor, de conformidad con su DT 1ª (actual DT 6ª CDFEA), es correcta también la aplicación de

43. [...] pues no se ha practicado prueba alguna ni propuesta de plan satisfactorio alguno, pues de accederse a lo solicitado, aplicando en abstracto el criterio de la ley, implicaría sustraer al menor del marco de convivencia ordinaria más conveniente, e imponerle un nuevo modo de vida, y una nueva ruptura drástica de su modo de vida ordinaria, por el solo hecho de haber entrado en vigor la Ley Aragonesa de Igualdad en las relaciones familiares, lo que nos conduce a la idea de un igualitarismo atroz que poco casa con la idea de la decisión judicial basada en la justicia y la prudencia, máxime tratándose de objetos jurídicos tan delicados, como los propios del derecho de familia, en los que se barajan no sólo los intereses sino los afectos personales y está en juego el desarrollo integral de un menor, especialmente en casos como el presente, en el que existe un largo periodo de adaptación a la ruptura de la convivencia entre los progenitores, sin incidencias (cinco años).

estas normas por la Audiencia en apelación pese a que el litigio se tramitó en primera instancia antes de la entrada en vigor de dicha Ley (STSJA 8/2011, de 13 de julio). Así lo había entendido ya la sentencia de la Audiencia de Teruel, Secc. 1ª, 4/2011, de 11 de enero, objeto de dicho recurso de casación y lo entenderán luego, tras unos primeros meses de negativa, las de las demás Audiencias aragonesas<sup>44</sup>.

Pero las primeras sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, posteriores al 8 de septiembre de 2010 y hasta finales del primer trimestre de 2011, siguen aplicando el Código civil<sup>45</sup> o callan sobre la posible aplicación en la alzada de la nueva regulación<sup>46</sup> o se manifiestan expresamente en contra de su aplicación, bien sin dar razones del por qué<sup>47</sup>, bien diciendo que el texto aplicable para decidir sobre la custodia compartida es el art. 92, apartados 5 y 8, del Código civil<sup>48</sup>, o bien diciendo además que la Ley 2/2010 no resulta aplicable al caso por haber entrado en vigor con posterioridad al inicio del procedimiento<sup>49</sup> o incluso después de dictarse la sentencia de primera instancia<sup>50</sup> o de interponerse el recurso de apelación<sup>51</sup> y que la solicitud de aplicación responde a un principio de economía procesal mal entendido<sup>52</sup>.

A partir de marzo de 2011 alguna sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Secc. 2ª, empieza a tener en cuenta la nueva regulación<sup>53</sup> o rechaza que haya resultado infringida al negar la custodia compartida solicitada<sup>54</sup>. La S. 157/2011, de 22 de marzo, contiene ya una buena interpretación del principio de preferencia legal por la custodia compartida: esta preferencia legal *se basa en que*

44. La mencionada SAPT, Secc. 1ª, 4/2011, de 11 de enero, dice que, *ciertamente, como señala el Ministerio Fiscal al contestar al recurso, al momento de dictarse la resolución de instancia [1/7/2010], la citada Ley 2/2010 no estaba en vigor ...; ahora bien, no es menos cierto que la DT1ª de la misma establece que la solicitud de custodia compartida por uno de los progenitores será causa de revisión de los convenios colectivos reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior durante un año desde la entrada en vigor de la presente Ley, por lo que, al momento de dictarse la presente resolución se está en momento hábil para proceder a la revisión de la sentencia con arreglo a los criterios que establece la Ley, sin necesidad de abocar a los litigantes a un nuevo proceso de revisión. Vid. etiam Ss. APZ, Secc. 2ª, 414 y 450/2011, de 12 de julio y 6 de septiembre.*

45. Ss. APZ, Secc. 2ª, 550/2010, de 23 de septiembre, 652/2010, de 16 de noviembre, 35/2011, de 18 de enero.

46. Ss. APZ, Secc. 2ª, 146 y 151/2011, de 15 de marzo.

47. Ss. APZ, Secc. 2ª, 146 y 151/2011, de 15 de marzo.

48. SAPZ, Secc. 2ª, 678/2010, de 23 de noviembre.

49. La SJPI de Boltaña de 21/3/2011, que no fue recurrida, rechaza la petición de custodia compartida porque la Ley 2/2010 "no se hallaba en vigor en la fecha de presentación de la demanda, lo que significa que cualquier modificación o revisión de lo acordado en resoluciones anteriores precisará de la acreditación de un cambio sustancial en las circunstancias que en su día se tuvieron en cuenta, conforme a lo dispuesto en el art. 91 Cc."

50. Ss. APZ, Secc. 2ª, 690/2010 y 694/2010, de 30 de noviembre; 19/2011, de 18 de enero.

51. SAPZ, Secc. 2ª, 140/2011, de 8 de marzo.

52. S. APZ, Secc. 2ª, 750/2010, de 28 de diciembre.

53. S. 127/2011, de 8 de marzo: principio general de no separar a los hermanos; S. 157/2011, de 22 de marzo: preferencia legal por la custodia compartida.

54. S. 177/2011, de 29 de marzo: "La Ley 2/2010 no prevé otra medida sobre guarda y custodia que aquella que resulte más beneficiosa para los hijos menores".



*“a priori” esta forma de custodia es más beneficiosa para el interés del menor y más respetuosa con los derechos de ambos progenitores, lo que ocurre es que el juez puede optar por la custodia individual cuando sea más conveniente para el menor, es decir que al estar configurada ésta como excepción a la regla general que es la custodia compartida, debe justificar adecuadamente su opción por la individual<sup>55</sup>. El 29 de marzo de 2011 es la fecha de la primera sentencia (núm. 180/2011) de esta Audiencia que aplicando la nueva normativa establece un sistema de guarda y custodia compartida (revoca la custodia compartida por semestres establecida por el Juez y acuerda una custodia compartida con reparto de los días de la semana). La primera sentencia de la APH que aplica la nueva regulación se retrasará hasta el 16 de diciembre de 2011.*

## **2. Aplicación retroactiva extensiva a la revisión de lo acordado en convenio regulador.**

La SAPT, Secc. 1ª, 58/2011, de 3 de mayo, se plantea si la revisión de lo acordado en un convenio regulador judicialmente homologado antes de la entrada en vigor de la nueva regulación se somete también al nuevo criterio de preferencia legal por la custodia compartida o sigue siendo exigible acreditar que se ha producido un cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el convenio.

*La sentencia citada dice lo siguiente: También cabe recordar, que en la valoración de la idoneidad del régimen de custodia establecido en la resolución judicial que se pretende revisar, el procedimiento de determinación no es el mismo, según se trate de un proceso de mutuo acuerdo o contencioso. Pues en el primer caso, en el proceso de valoración, son los cónyuges los que determinan qué es lo más conveniente, al margen de cualquier criterio de preferencia legal o jurisprudencial. Mientras que en caso de resolución contenciosa el proceso de valoración es estrictamente judicial, y se decide con criterios legales y jurisprudenciales.*

*Con ello se quiere poner de manifiesto, que en casos como el presente, la decisión de custodia se adoptó de mutuo acuerdo, la revisión de la valoración en la determinación del régimen de custodia difícilmente se justifica, pues ha sido adoptada en términos de igualdad entre los esposos quienes determinaron y valoraron cual era la mejor decisión, pudiendo haber acordado en tal momento una custodia compartida o no.*

*Partiendo de lo anterior, no podría criticarse que la concreta revisión del régimen de custodia exija la prueba y determinación de que ha habido una modificación sustancial de las circunstancias que lo justifique, cosa que como bien dice la sentencia no ha ocurrido, y esta afirmación no se discute por la vía del recurso de apelación.*

De la lectura de las sentencias de las Audiencias se desprende que la revisión de los convenios reguladores aprobados judicialmente con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva regulación se somete también a la misma interpretación que la revisión de las medidas judiciales adoptadas en procedimiento contencioso, sin distinción alguna: Las Audiencias provinciales indican, también

55. La SAPZ, Secc. 2ª, 179/2011, de 29 de marzo, en la misma línea, destaca que la preferencia legal por la custodia compartida es “salvo que la custodia individual sea más conveniente”, lo que excluye la aplicación automática de tal medida, resultando siempre necesario el análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto (casada por STSJA 13/2011, de 15 de diciembre).



en los casos de revisión de medidas acordadas en convenio regulador, que la preferencia del legislador por la custodia compartida *se basa en que a priori esta forma de custodia es más beneficiosa para el interés del menor y más respetuosa con los derechos de ambos progenitores, pudiendo el Juez optar por la custodia individual cuando sea más conveniente para el menor, es decir, que al estar configurada como excepción a la regla general que es la custodia compartida, debe justificarse de manera adecuada la opción por la individual, lo que implica a la postre que no pueda aplicarse de manera automática la custodia compartida, sino que en caso de solicitarse la individual por uno de los progenitores, debe realizarse el necesario análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso, atendiendo a los factores que la propia ley señala y con máximo respeto al principio básico y fundamental del beneficio e interés de los hijos menores de edad, tal como indica el art. 76.2 CDFA en línea con lo proclamado igualmente por el art. 39 CE, L.O. 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor, Convención de los Derechos del Niño de 1989, Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo, Ley Aragonesa de la Adolescencia e Infancia y Ss. TC 114/1992, 143/1990 y 141/2000 entre otras<sup>56</sup>.*

De manera clara y directa dice la SAPZ, Secc. 2ª, 171/2012, de 30 de marzo, que el convenio regulador de 2008 no es vinculante a los efectos de la entrada en vigor del CDFA [mejor ley 2/2010] en materia de custodia compartida como indica su DT 6ª.

La citada SAPZ, Secc. 1ª, 58/2011, de 3 de mayo, ha sido casada por la STSJA 17/2012, de 18 de abril, que ha indicado que el apartado 2 de la Disposición transitoria primera de la Ley 2/2010 *permite el estudio de la revisión de la medida relativa a la custodia de la hija [establecida de mutuo acuerdo por los padres en convenio regulador aprobado en la sentencia de divorcio] sin necesidad de una previa consideración sobre la alteración de las circunstancias.*

En cambio, como dice la SAPZ, Secc. 2ª, 278/2012, de 22 de mayo, pactada en convenio regulador una contribución a los gastos de asistencia de los hijos no proporcional a los recursos económicos de los padres, “la publicación de la Ley 2/2010 no tiene incidencia en este punto, regido por el convenio regulador, cuya modificación exige como presupuesto una alteración sustancial de las circunstancias que en el caso no es de apreciar”<sup>57</sup>.

## **VI.- LA SOLICITUD DE CUSTODIA COMPARTIDA COMO CAUSA DE REVISIÓN DEL SISTEMA DE GUARDA Y CUSTODIA EXISTENTE CON ANTERIORIDAD.**

Añade el apartado 2 de la DT 6ª del CDFA que *la solicitud de custodia compartida por uno de los progenitores es causa de revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior durante un año a contar desde el 8 de septiembre de 2010.*

56. Ss. APZ, Secc. 2ª, 7, 21 y 28 de febrero y 24 de enero de 2012, 10 de mayo, 14 de junio y 15 de julio de 2011, entre otras.

57. Ahora bien, aclara esta sentencia que “tras el establecimiento del sistema de guarda compartida solo recibirá pensión cuando los hijos permanezcan con ella y los alimentará sin percibir pensión en los periodos de visitas y vacacionales que le corresponden”.

La STSJA 13/2012, de 9 de abril, señala que, *ante la innovación que introdujo en Aragón la citada Ley respecto del régimen preferencial del Código civil antes aplicable también en Aragón, la propia norma aragonesa, en la DT 1ª [6ª del CDFa], otorgó a la petición de aplicación de su régimen el rango de causa de revisión de las medidas previamente adoptadas respecto de la guarda y custodia, y ordenó que las revisiones que se hicieran de los convenios reguladores o de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley se sujetaran a las disposiciones contenidas en ella.*

La STSJA 17/2012, de 18 de abril, reitera el párrafo anterior y añade: *La posibilidad ofrecida por la Disposición transitoria primera se configura así como un cauce de revisión que, evidentemente, no supone una causa de revisión automática y obligatoria, como también reconoce el recurrente, pero permitía solicitarla en el plazo de un año para todas las medidas adoptadas antes de la entrada en vigor de la ley sin necesidad de que se hubiera producido una alteración sustancial en las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción. El legislador aragonés parte, implícitamente, de que en el régimen vigente con anterioridad la custodia compartida era excepcional y no se contemplaba como la más beneficiosa para los hijos menores, a diferencia de la regulación actual, razón por la que se permitía que fueran sometidas a revisión aquellas medidas con sujeción, naturalmente, a la adecuada valoración de las circunstancias por parte de los tribunales.*

Por tanto en los procesos de modificación de medidas definitivas, tanto si existe convenio regulador como si se aprobaron en procedimiento contencioso, en los que se solicite unilateralmente la custodia compartida (si la solicitud es de mutuo acuerdo el cambio es prácticamente automático), si se ha hecho dentro de ese año que terminó el 8 de septiembre de 2011, la mera petición de custodia compartida es causa para admitir a trámite la petición de revisión (SAPZ, Secc. 2ª, 659/2011, de 20 de diciembre) y proceder a valorar si es adecuado mantener el régimen de custodia individual acordado o decantarse por la custodia compartida como régimen de preferencia establecido por la ley (SAPZ, Secc. 2ª, 289/2012, de 29 de mayo), pero no obliga al Juez a acordar la custodia compartida de forma automática. La Ley autoriza un procedimiento de revisión, pues nos hallamos frente a decisiones acordadas por resolución judicial firme. Pero y esto es esencial, no impone necesariamente una decisión de revisión a favor del progenitor que solicite una custodia compartida. La revisión no exige acreditar una alteración relevante de las circunstancias tenidas en cuenta en su momento<sup>58</sup>; el cambio del criterio legal permite al Juez acordar la custodia compartida, nunca de manera automática, pero sí cuando no resulte acreditado que en el caso concreto la

58. En algunas sentencias, como las de la APZ, Secc. 2ª, 574/2011, de 15 de noviembre (revisión de medidas judiciales contenciosas), 16 y 17/2012, de 24 de enero, (revisión de lo acordado en convenio regulador), aunque aplican la nueva regulación aragonesa, siguen diciendo cosas como las siguientes: *La modificación de las medidas (arts. 90, 91 y 100 del Código civil) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere de una alteración de circunstancias, que para que sean tenidas en cuenta, han de revestir de una serie de características, como que sean trascendentales y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran establecidas. Corresponde la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (art. 217 Cc.).* En el caso de la SAPZ 574/2011 es el concluyente informe pericial favorable a la custodia a favor de la madre, y no la falta de una alteración sustancial de las circunstancias, el fundamento de la desestimación del recurso de apelación del padre. En cambio, en el supuesto de hecho de la SAPZ 16/2012 son el informe psicosocial y la exploración de la menor los que fundamentan la sustitución de la custodia individual de la madre acordada en el convenio regulador por la custodia compartida establecida en primera instancia y confirmada por la Audiencia como más favorable a los intereses del menor. En la SAPZ 17/2012 es el informe psicosocial y las dificultades del horario laboral del padre lo que aconseja mantener la custodia individual a favor de la madre fijada en el convenio de 2008.

custodia individual es lo mejor para el menor y la familia<sup>59</sup>. En el caso de la STSJA 17/2012, de 18 de abril, *apreciada la aptitud del padre, y su evidente voluntad de poder participar de manera más amplia en el cuidado y educación de su hija, no se ha practicado prueba que permita contrariar el criterio legal de preferencia de la custodia compartida, como expresión del mejor interés de la hija, por lo que se estima el recurso de casación y se acuerda la custodia compartida pedida por el padre.*

Este cauce de revisión podía utilizarse aunque en el procedimiento anterior a la Ley 2/2010 se hubiera desestimado la petición de custodia compartida, no porque fuese un sistema excepcional, sino porque no era lo más conveniente para el hijo (SAPZ, Secc. 2ª, 441/2012, de 20 de julio).

Pero la entrada en vigor de la Ley 2/2010, a diferencia de lo previsto para la guarda y custodia de los hijos menores, no supone una causa de revisión de otras medidas acordadas con anterioridad que no guarden relación (o en cuanto no guarden relación) con el tipo de custodia, para cuya revisión (del convenio regulador o de las medidas judiciales) se precisa que concurra alguna causa que, conforme a la nueva legislación, permita llevarla a cabo<sup>60</sup>.

Pasado el primer año de vigencia de la nueva regulación, la solicitud de custodia compartida por uno de los progenitores deja de ser causa de revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales de guarda y custodia adoptadas bajo la legislación anterior; a dicha revisión, como a la de otras medidas, son de aplicación las normas de la Sección 3ª del Capítulo II del Título II del Libro Primero del CDFA (DT 6ª.1), y en particular los arts. 77.3 (modificación o extinción del pacto de relaciones familiares) y 79.2 (modificación de las medidas judiciales) que señalan los supuestos, causas o circunstancias que permiten solicitar la revisión.

59. La Ley 2/2010, como dice la SAP Zaragoza 180/2011, de 29 de marzo, *establece un sistema de preferencia legal por la custodia compartida de los hijos por ambos progenitores (art. 6.2º), opción de política legislativa que cede a favor de la custodia individual cuando ésta se estime más conveniente para los mismos. Ello determina la exclusión de la aplicación automática de tal medida, y el necesario análisis de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto. No procede el establecimiento de la custodia compartida interesada unilateralmente en la revisión de las medidas judiciales vigentes por el sólo hecho de haber entrado en vigor dicha Ley. Corresponde por tanto valorar al tribunal al que se someta la revisión si procede mantener lo acordado con anterioridad o modificar el régimen de custodia según lo interesado, teniendo en cuenta la actual preferencia legal por la custodia compartida.*

El Juzgado de Boltaña en sentencia de 21/3/2011 rechazó la petición de custodia compartida formulada por el padre una vez publicada la Ley 2/2010 pero antes de su entrada en vigor, indicando que al no estar en vigor dicha Ley en el momento de presentación de la demanda para la revisión se precisa acreditar un cambio sustancial de las circunstancias. La sentencia no fue recurrida. El padre presentó nueva demanda el 30/5/2011 en petición de custodia compartida, que es también rechazada con base en el informe pericial valorado en el procedimiento anterior. No obstante, de manera muy dudosa, entiende la Audiencia que, aunque el Juzgado declaraba no aplicable la Ley 2/2010, la realidad es que resolvió de acuerdo a sus previsiones. Y esta decisión no fue recurrida por el demandante, y ahora recurrente. "En definitiva, se producen los efectos de la cosa juzgada, dado que concurren la identidad de personas y de pretensiones, basada en hechos idénticos. No resulta admisible que, por no haber transcurrido el plazo de un año desde la publicación de la Ley cuando se interpuso la segunda demanda, pueda intentarse sucesivamente la revisión del convenio regulador al amparo de la Disposición transitoria de la tan repetida Ley 2/2010"

60. La SAPZ, Secc. 2ª, 289/2012, de 29 de mayo, en relación a la petición de revisión de la pensión compensatoria fijada en el anterior procedimiento de divorcio, dice que "la entrada en vigor del Código de Derecho Foral de Aragón [Ley 2/2010, en realidad], no supone una revisión de lo ya resuelto con anterioridad, a diferencia de la guarda y custodia de los hijos menores, salvo que concurra alguna alteración en las circunstancias que se tuvieron en cuenta en su momento, que en modo alguno consta acreditada".

## VII.- SENTENCIAS DEL TSJ Y DE LAS AAPP QUE ACUERDAN LA CUSTODIA COMPARTIDA.

### 1. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Desde el 8 de septiembre de 2010 hasta finales de octubre de 2012 el TSJA ha dictado 17 sentencias sobre guarda y custodia de menores, hijos de padres que han roto su convivencia, de las cuales 10 son confirmatorias de las sentencias de las Audiencias y 7 son revocatorias; entre las confirmatorias, 7 confirman la custodia individual y 3 la custodia compartida o mixta; y entre las revocatorias, 6 revocan la custodia individual para establecer en su lugar la compartida y 1

|   |           |
|---|-----------|
| <b>TOTAL:</b>                                 | <b>17</b> |
| SS TSJA que confirman la custodia individual: | 7         |
| SS TSJA que confirman la custodia compartida: | 2         |
| SS. TSJA que confirman la custodia mixta      | 1         |
| SS TSJA que revocan la custodia individual:   | 6         |
| SS TSJA que revocan la custodia compartida:   | 1         |

revoca la custodia compartida y la sustituye por la custodia individual:

a) *Siete confirman la custodia individual* a favor de la madre acordada por la Audiencia al entender suficientemente probado y motivado que concurren razones para excepcionar la preferencia legal por la custodia compartida<sup>61</sup>.

b) *Dos confirman la custodia compartida* acordada por la Audiencia al entender bien aplicada la preferencia legal por dicho sistema.

1. La STSJA 6/2012, de 9 de febrero, desestima el recurso de casación contra la SAPZ, Secc. 2ª, 332/2011, de 14 de junio, que revoca en este extremo a la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 23/2/2011 que había otorgado la custodia individual a favor de la madre, y en su lugar la otorga de forma compartida a ambos progenitores distribuyendo entre ellos los días de la semana. La psicóloga del Juzgado se inclina por la custodia individual a favor de la madre únicamente por la posible existencia del conflicto entre las partes y su mala relación. Pero en el caso la conflictividad es menor y el hijo, de 11 años de edad, quiere vivir con ambos progenitores. El TSJA considera que está perfectamente justificado y se razona adecuadamente que el Juzgador de instancia se haya apartado del criterio de los peritos.

2. La STSJA 15/2012, de 12 de abril, estima en parte el recurso de casación formulado contra la S. APZ, Secc. 2ª, 414/2011, de 12 de julio, que casa y anula en el pronunciamiento relativo al abono de los gastos extraordinarios necesarios. En su lugar, acuerda que el padre abonará el 75% y la madre el 25% de los mismo. En lo demás desestima el recurso de casación. La S. de la Audiencia revoca en parte

61. Ss. TSJA 10/2011, de 30 de septiembre, 4 y 5/2012, de 1 y 8 de febrero, 24/2012, de 5 de julio, 27/2012, de 24 de julio, 28/2012, de 24 de septiembre, y 34/2012, de 19 de octubre, que comentaremos al tratar de las sentencias que acuerdan la custodia individual.



la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 9/3/2011 que había desestimado la petición de custodia compartida formulada por el padre y otorga la guarda y custodia de los menores, de 11 y 9 años de edad, de forma compartida a ambos progenitores con distribución de los días de la semana, en atención a lo aconsejado en el informe psicosocial y a lo manifestado en la exploración por la menor de 11 años de edad.

c) *Una confirma la custodia mixta* (la custodia compartida empezará cuando el menor cumpla tres años de edad) acordada por la Audiencia al entender que no se ha infringido el art. 80.2 CDFA y la doctrina jurisprudencial sobre el mismo, limitándose el recurrente a hacer “supuesto de la cuestión”.

La STSJA 35/2012, de 26 de octubre, desestima el recurso interpuesto por la madre contra la SAPZ, Secc. 2ª, 142/2012, de 20 de marzo, que confirma en su integridad. La sentencia de la Audiencia desestima el recurso de apelación de la madre y confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 23/11/2011 que había establecido que a) hasta que el menor cumpla tres años de edad pasará con la madre los períodos lectivos entre semana salvo las tardes entre semana en que estará con el padre desde las 18 a las 20 horas, así como fines de semana alternos y mitad de vacaciones escolares; b) Una vez el menor cumpla tres años de edad pasará una semana alterna con cada uno de sus padres y el progenitor no custodio en ese momento podrá tener al menor dos tardes entre semana, y las vacaciones escolares se repartirán por mitad. El recurso de casación se desestima porque incurre en el defecto casacional de hacer “supuesto de la cuestión”.

d) *Seis casan la sentencia de la audiencia y sustituyen la custodia individual a favor de la madre por la custodia compartida* al estimar infringida la preferencia legal por esta forma de custodia.

1. La STSJA 13/2011, de 15 de diciembre, casa la de la APZ, Secc. 2ª, 179/2011, de 29 de marzo, que había confirmado la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 11/10/2010 que había atribuido a la madre la guarda y custodia del hijo menor; en su lugar, el TSJA adopta para el menor el régimen de custodia compartida de ambos progenitores por semestres escolares. En el presente caso ninguna prueba ha sido practicada que acredite en el padre falta de aptitud por lo que se ha infringido la preferencia legal por el régimen de custodia compartida contenida en el art. 80.2 CDFA.

2. La STSJA 13/2012, de 9 de abril, estima el recurso de casación interpuesto por el padre contra la SAPT, Secc. 1ª, 92/2011, de 21 de junio, que había confirmado la del JPI núm. 2 de Teruel de 1/3/2011 que mantenía la guarda y custodia de los tres hijos comunes a favor de la madre y ampliaba el régimen de visitas del padre, desestimando su petición de guarda y custodia compartida al estimar que no ha habido una variación sustancial de las circunstancias que justifique el cambio en la custodia determinada en el procedimiento de divorcio de 2008. En lugar de lo acordado en la sentencia de la Audiencia, el TSJA acuerda que el régimen de guarda y custodia de los hijos menores de ambos litigantes será el de custodia compartida por semanas alternas. Y ello como consecuencia de la falta de valoración y consiguiente consideración como probados de los factores por



cuya concurrencia y ponderación prevé la Ley 2/2010 que pueda excepcionarse la custodia compartida.

3. La STSJA 17/2012, de 18 de abril, casa la SAPT, Secc. 1ª, 58/2011, de 3 de mayo, que había confirmado la del JPII núm. 2 de Teruel de 23/12/2010 que desestimó íntegramente la demanda del padre y acordó el mantenimiento de las medidas [custodia individual a favor de la madre] establecidas en la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo de 2007, por no haberse acreditado que se haya producido una modificación sustancial de las circunstancias que justifique el cambio de custodia pedido. La Audiencia, al sopesar la posibilidad de autorizar la modificación al margen de lo anterior, considera que no se ha probado que el régimen de custodia compartida que se propone sea más adecuado y mejor que el régimen de custodia individual que el menor viene cumpliendo. Dice el TSJA *que las consideraciones de la sentencia recurrida, que no valoraciones de prueba, no tienen en cuenta que el régimen legal preferente es la custodia compartida y que no debe ser probado como el más conveniente, pues inicialmente la ley así lo afirma, sino que, al contrario, sólo la prueba de que la custodia individual es más conveniente, permite alterar dicho régimen legal*. Como no existe constancia realmente evidenciada de ser mejor para el menor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última.

4. La STSJA 22/2012, de 6 de junio, casa la SAPZ, Secc. 2ª, 511/2011, de 13 de octubre, y, en su lugar, confirma íntegramente la sentencia dictada en primera instancia por el JPI núm. 6 de Zaragoza el 31 de marzo de 2011. El Juzgado, en juicio de divorcio, había otorgado la guarda y custodia del hijo, de tres años y medio de edad, de forma compartida a ambos progenitores por años alternos, del 1 de julio al 30 de junio del año siguiente. La Audiencia había revocado parcialmente la sentencia del Juzgado en el sentido de establecer la guarda y custodia a favor de la madre, con visitas a favor del padre los fines de semana alternos, visitas intersemanales y distribución de vacaciones escolares. Pensión alimenticia a cargo del padre de 500 euros mensuales y abono de 2/3 partes de los gastos extraordinarios sanitarios del hijo. El Presidente de la Sala formuló voto particular. La Audiencia considera que la petición del padre carece de la consistencia necesaria en orden a demostrar la plena disponibilidad para asumir una custodia compartida, por basarse en meras previsiones y no en realidades acompañadas de una dedicación efectiva y personal a la atención del hijo. El TSJA dice que tales argumentos olvidan la preferencia legal por la custodia compartida siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, y no concurren otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual. Se estima el recurso de casación por cuanto concurren los elementos exigidos en la norma para hacer aplicación del sistema de custodia compartida, que el legislador ha fijado como preferente.

5. La STSJA 29/2012, de 25 de septiembre, estima el recurso de casación formulado por el padre contra la SAPT, Secc. 1ª, 32/2012, de 15 de marzo, que casa y anula; en su lugar acuerda el régimen de custodia compartida por períodos de dos semanas. *La sentencia impugnada, al exigir la prueba de la superior conveniencia del régimen de custodia compartida no recoge circunstancia alguna, concu-*

rente en el padre, que permita apreciar inidoneidad para acordar el régimen que se pide, o que éste no sea el más conveniente para el menor, con lo que *se aparta de la recta aplicación del art. 80.2 del CDFA y jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta.*

6. La STSJA 30/2012, de 28 de septiembre, estima el recurso de casación formulado por el padre contra la SAPZ, Secc. 2ª, 70/2012, de 14 de febrero, que confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 20/6/2011, y la casa en parte; en su lugar establece el ejercicio compartido de la guarda y custodia por periodos de dos semanas, fija el régimen de visitas, el reparto de las vacaciones escolares, la contribución a los gastos ordinarios por mitad con apertura de cuenta común, y referencia a los gastos extraordinarios, necesarios o no. *La aplicación al caso de la doctrina jurisprudencial del TSJA y el examen de los criterios previstos en el art. 80.2 CDFA evidencian que no concurren elementos suficientes para considerar la custodia individual como más conveniente para el interés del menor, por lo que no se justifica el desplazamiento del criterio legal preferente de custodia compartida.* No son motivo suficiente para ello la conflictividad existente entre los progenitores, la corta edad del menor y la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del menor, sin delegar en terceras personas.

e) *Una revoca la custodia compartida* establecida por la Audiencia para acordar en su lugar la custodia individual a favor de la madre por estimar acreditado que ésta es más conveniente.

La STSJA 8/2011, de 13 de julio, estima el recurso de infracción procesal interpuesto por la madre contra la SAPT, Secc. 1ª, 4/2011, de 11 de enero, que anula, y en su lugar confirma el fallo recaído en primera instancia. La sentencia de la Audiencia revoca la del JPI núm. 3 de Teruel de 1/7/2010 que había atribuido la guarda y custodia del menor, que al tiempo de interposición de la demanda no contaba con dos años de edad, a la madre, y acuerda que la guarda y custodia sea compartida por ambos progenitores en la forma en que actualmente la desarrollan, sin perjuicio de ampliar los periodos de convivencia, de acuerdo con el plan que los cónyuges deben establecer. El TSJA considera que la Audiencia Provincial ha incurrido en infracción de los preceptos denunciados: 80.2 y 76.2 CDFA. Por una parte, porque en el caso presente resulta más conveniente la custodia individual de la madre, atendiendo a la prueba practicada y al factor que el propio legislador considera en primer lugar, cual es la edad del niño, que se encuentra en la primera infancia. Además, porque no debe establecerse el sistema de guarda y custodia compartida sin contar con el plan de relaciones familiares que la ley exige.

Así que, de los 17 casos que han llegado al TSJA, 9 han terminado con custodia compartida y otros 8 con custodia individual a favor de la madre. Es éste, por tanto, un dato muy relevante. También hay que destacar cómo en seis ocasiones el TSJA casa la sentencia de la Audiencia y sustituye la custodia individual a favor de la madre por la compartida, mientras que en una sola ocasión la custodia compartida acordada por la Audiencia es sustituida por el TSJA por la individual a favor de la madre. De manera que el TSJA añade seis casos más de custodia compartida y suprime sólo uno.

|  |   |
|--|---|
| SS TSJA de custodia compartida:            | 9 |
| Revocan la custodia individual de la AP:   | 6 |
| Confirman la custodia compartida de la AP: | 2 |
| Confirma la custodia mixta de la AP:       | 1 |
| <hr/>                                      |   |
| SS TSJA de custodia individual:            | 8 |
| Confirman la custodia individual de la AP: | 7 |
| Revocan la custodia compartida de la AP:   | 1 |

Los datos también pueden leerse de otra manera: de 13 casos de custodia individual a favor de la madre que llegan a la casación aragonesa, 6 terminan siendo de custodia compartida (46,2 %), y de 4 casos de custodia compartida o mixta recurridos en casación, 3 continúan siéndolo y sólo uno pasa a ser de custodia individual a favor de la madre (25 %). En definitiva, al TSJA llegan 13 casos de custodia individual y 4 de custodia compartida o mixta, pero salen de él 9 de custodia compartida o mixta (5 más) y 8 de custodia individual (5 menos). La actuación del TSJ está siendo muy destacada y decisiva para hacer prevaler el principio de preferencia legal por la custodia compartida.

|   |    |
|---|----|
| Sentencias de custodia individual recurridas en casación: | 13 |
| Sentencias de custodia compartida recurridas en casación: | 4  |
| TOTAL:  | 17 |

|   |            |
|---|------------|
| Sentencias de custodia individual recurridas en casación: | 13         |
| Confirmadas por el TSJA                                   | 7 (53,8 %) |
| Revocadas por el TSJA:                                    | 6 (46,2 %) |

|   |          |
|---|----------|
| Sentencias de custodia compartida recurridas en casación: | 4        |
| Confirmadas por el TSJA:                                  | 3 (75 %) |
| Revocadas por el TSJA:                                    | 1 (25 %) |

## 2. Sentencias de las Audiencias Provinciales de Aragón.

En estos dos años son muchas las sentencias de las Audiencias Provinciales de Aragón que resuelven recursos de apelación que inciden en la cuestión del sistema de guarda y custodia de menores, hijos de padres que han roto su convivencia (en total he consultado 156), pero, como ya hemos visto, las primeras de ellas, con la excepción de la tempranera SAPT, Secc. 1ª, 4/2011, de 11 de enero, no aplican aún la nueva regulación (unas 14).

|  |                   |
|--|-------------------|
| Sentencias de las Audiencias Aragonesas consultadas: | <b>156</b>        |
| Aplican la nueva regulación:                         | <b>142 (91 %)</b> |
| No aplican la nueva regulación:                      | <b>14 (9 %)</b>   |

Desde finales de marzo de 2011 (casi 7 meses después de su entrada en vigor) comienza la aplicación regular de la Ley 2/2010, tanto en procedimientos de establecimiento de medidas de guarda y custodia (divorcio, separación, guarda y custodia de menores no matrimoniales: 55 sentencias) como en los de modificación de medidas definitivas, procedentes de un previo convenio regulador o de lo acordado, en su defecto, por el juez (87 sentencias), son un total de 142 sentencias de apelación que aplican la nueva Legislación. Son mucho más numerosas las sentencias de modificación de medidas definitivas (el 61,3 %) que las que vienen a establecerlas por primera vez (38,7 %). Este hecho puede explicarse porque durante el primer año de vigencia de la Ley 2/2010 la mera petición de custodia compartida ha sido causa de revisión de las medidas definitivas anteriores.

|   |             |
|---|-------------|
| Sentencias de las Audiencias que aplican la nueva regulación: | <b>142</b>  |
| En procedimientos de establecimiento de medidas definitivas:  | 55 (38,7 %) |
| En procedimientos de modificación de medidas definitivas.     | 87 (61,3 %) |

De las 142 sentencias de apelación de las Audiencias provinciales aragonesas que aplican la nueva regulación, en 47 de ellas se confirma la custodia compartida establecida por el Juzgado o se establece directamente por la Audiencia, con revocación de la custodia individual acordada por el Juzgado. Es casi un tercio del total (33,1 %). El dato también es relevante, pero debe recalarse que es un dato referido a las sentencias sobre guarda y custodia que han sido recurridas en apelación.

|   |                    |
|---|--------------------|
| SS de las Audiencias que aplican la nueva regulación: | <b>142</b>         |
| Establecen la custodia individual o repartida:        | <b>95 (66,9 %)</b> |
| Establecen la custodia compartida o mixta:            | <b>47 (33,1 %)</b> |

De los 142 recursos de apelación resueltos por las Audiencias, 94 (un 66,2 %) son contra sentencias de custodia individual y 48 (un 33,8 %) lo son contra sentencias de custodia compartida. Es un hecho que los recursos contra las custodias individuales a favor de las madres los presentan los padres, mientras que los recursos contra las custodias compartidas los presentan las madres. Otro hecho es que el porcentaje de sentencias de custodia individual confirmadas por las Audiencia (84 de 94: 89,3 %) es mayor que el de sentencias de custodia compartida que resultan confirmadas (39 de 48: 81,2 %), o lo que es lo mismo, es más alto el

porcentaje de sentencias de custodia compartida revocadas (9 de 48: 18,7 %) que el de sentencias de custodia individual que se revocan o modifican (10 de 94: 10,6 %).

Así que a las Audiencias llegan 94 casos de custodia individual y salen de ellas 95, un caso más, mientras que llegan 48 casos de custodia compartida o mixta y salen 47, uno menos. Por tanto, mientras en las Audiencias se reduce el porcentaje de sentencias de custodia compartida o mixta (de 48 se pasa a 47: se reduce un 2 %), en el TSJA se produce el efecto contrario: llegan 4 casos de custodia compartida o mixta y salen 9: se aumenta un 166,6 %.

|   |             |
|---|-------------|
| SS de las Audiencias que aplican la nueva regulación:     | <b>142</b>  |
| Eran de custodia individual o repartida según el Juzgado: | 94 (66,2 %) |
| Eran de custodia compartida o mixta según el Juzgado:     | 48 (33,8 %) |

|   |                |
|---|----------------|
| SS de las Audiencias que aplican la nueva regulación: | <b>142</b>     |
| Confirman la custodia individual del Juzgado:         | 84             |
| Revocan la custodia compartida del Juzgado:           | 9              |
| Modifican la custodia individual del Juzgado:         | 2 (84+9+2= 95) |
| Confirman la custodia compartida o mixta del Juzgado: | 39             |
| Revocan la custodia individual del Juzgado:           | 8 (39+8= 47)   |

|   |             |
|---|-------------|
| Sentencias de custodia individual apeladas: | 94          |
| Resultan confirmadas:                       | 84 (89,4 %) |
| Resultan revocadas:                         | 8 (8,5 %)   |
| Resultan modificadas:                       | 2 (2,1 %)   |

|   |             |
|---|-------------|
| Sentencias de custodia compartida o mixta apeladas: | 48          |
| Resultan confirmadas:                               | 39 (81,3 %) |
| Resultan revocadas:                                 | 9 (18,7 %)  |

De las 47 sentencias de custodia compartida, 18 provienen de procedimientos de establecimiento de medidas de guarda y custodia (divorcio, separación, guarda y custodia de menores no matrimoniales: 55 sentencias) y otras 29 de procedimientos de modificación de medidas establecidas en procedimiento anterior (87 sentencias). Pero son 18 casos de 55 posibles, lo que representa un 32,7 %, y son 29 casos de 87 posibles, lo que supone un 33,3 %. El tipo de procedimiento, por tanto, no parece relevante a estos efectos: la nueva normativa se aplica tanto a los nuevos casos de ruptura de la convivencia de padres con hijos a cargo como a la revisión de los producidos con anterioridad. Pero cuando se trata de una modificación de medidas, no puede pasarse por alto el cambio que la custodia compar-



tida instaurada implica para los hijos, tras varios años, que pueden ser muchos, de vida acomodada a la organización materna<sup>62</sup>.

En la STSJA 39/2012, de 27 de noviembre, se dice que *la Sala comprende que, en esta situación transitoria en la que se tramitan procesos de modificación de medidas adoptadas en sentencias de separación o divorcio, pueden producirse situaciones de cambio en la vida habitual de los menores para adaptarse a la nueva situación, pero ello resulta de la aplicación de la ley y deberá llevarse a cabo, con las medidas de prudencia y apoyos que en cada caso resulten necesarios, para la plena efectividad de la custodia compartida.*

|   |             |
|---|-------------|
| Sentencias de AP acuerdan la custodia compartida o mixta: | 47          |
| En procedimientos de establecimiento de medidas:          | 18 (38,3 %) |
| En procedimientos de modificación de medidas:             | 29 (71,7 %) |
|   |             |
| Sentencias de establecimiento de medidas:                 | 55          |
| Acuerdan la custodia compartida:                          | 18 (32,7 %) |
| Acuerdan la custodia individual:                          | 37 (67,3 %) |
|   |             |
| Sentencias de modificación de medidas:                    | 87          |
| Acuerdan la custodia compartida:                          | 29 (33,3 %) |
| Acuerdan la custodia individual:                          | 58 (66,6 %) |

De las 47 sentencias de custodia compartida o mixta de las Audiencias, 39 confirman la sentencia de primera instancia (un 83 %), mientras que 8 (3 en establecimiento de medidas y 5 en modificación de medidas) revocan la custodia individual a favor de la madre acordada por el Juzgador de instancia para establecer en su lugar, con estimación del recurso formulado por el padre, la custodia compartida de ambos progenitores (un 17 %)<sup>63</sup>.

62. Así lo dice la SAPZ, Secc. 2ª, 225/2012, de 25 de abril: "tras casi siete años de vida acomodada a la organización materna".

63. 1. La SAPZ, Secc. 1ª, 4/2011, de 11 de enero, *revoca* la del JPI núm. 3 de Teruel de 1/7/2010 que había atribuido la guarda y custodia del menor, que al tiempo de interposición de la demanda no contaba con dos años de edad, a la madre, y acuerda que la guarda y custodia sea compartida por ambos progenitores en la forma en que actualmente la desarrollan, sin perjuicio de ampliar los periodos de convivencia, de acuerdo con el plan que los cónyuges deben establecer. Sentencia anulada por la STSJA 8/2011, de 13 de julio que estima el recurso de infracción procesal interpuesto por la madre y confirma el fallo recaído en primera instancia.

2. La SAPZ, Secc. 2ª, 242/2011, de 3 de mayo, *revoca* parcialmente la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 23/7/2010, que había atribuido la guarda y custodia a la madre, y otorga la guarda y custodia de los menores de forma compartida, con reparto de los días de la semana, de conformidad con el informe psicosocial, la opinión de los menores y el informe del Ministerio Fiscal.

3. La SAPZ, Secc. 2ª, 332/2011, de 14 de junio, *revoca* en este extremo la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 23/2/2011 que había otorgado la custodia individual a la madre, y la otorga de forma compartida a ambos progenitores distribuyendo entre ellos los días de la semana. La psicóloga del Juzgado se inclina por la custodia individual a favor de la madre únicamente por la posible existencia del conflicto entre las partes y su mala relación. Pero en el caso la conflictividad es menor y el hijo, de 11 años de edad, quiere vivir con ambos progenitores. Confirmada por STSJA 6/2012, de 9 de febrero.

4. La SAPZ, Secc. 2ª, 414/2011, de 12 de julio, *revoca* en parte la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 9/3/2011 que había desestimado la petición de custodia compartida formulada por el padre y otorga la guarda y custodia de los menores, de 11 y 9 años de edad, de forma compartida a ambos progenitores con distribución de los días de la semana, en atención a lo aconsejado en el informe psicosocial y a lo manifestado en la exploración por la menor de 11 años de edad. Confirmada en este extremo por

|   |           |
|---|-----------|
| Sentencias de AP que acuerdan la custodia compartida o mixta: | 47        |
| Confirman la sentencia de primera instancia:                  | 39 (83 %) |
| Revocan la sentencia de primera instancia:                    | 8 (17 %)  |

Por otra parte, de las 47 sentencias de custodia compartida o mixta de las Audiencias aragonesas, hay 38 de custodia compartida y sólo una de custodia mixta: es el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 142/2012, de 20 de marzo, confirmada por la STSJA 35/2012, de 26 de octubre, en el que la custodia compartida empezará desde que el menor cumpla tres años.

|  |    |
|--|----|
| Sentencias confirmatorias de la custodia compartida o mixta: | 39 |
| De custodia compartida:                                      | 38 |
| De custodia mixta:   | 1  |

De las 38 confirmatorias de la custodia compartida dos confirman el régimen pero modifican el periodo de convivencia con cada padre<sup>64</sup> y otra confirma el régimen pero revoca el aplazamiento establecido por el Juzgado (de custodia

---

la STSJA 15/2012, de 12 de abril.

5. La SAPZ, Secc. 2ª, 450/2011, de 6 de septiembre, *revoca* la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 14/10/2010 que había atribuido la custodia individual a favor de la madre, y otorga la custodia compartida en periodos de dos meses alternos, con base en la exploración del menor practicada en la segunda instancia, así como en el informe psicosocial.

6. La SAPZ, Secc. 2ª, 94/2012, de 28 de febrero, estima el recurso de apelación interpuesto por el padre frente a la SJPI núm. 2 de la Almunia de Doña Gómara de 8/9/2011 que *revoca* en el siguiente sentido: La guarda y custodia del hijo de 14 años de edad será compartida por quincenas alternas. Obra en autos informe psicosocial y se han practicado dos exploraciones, una en cada instancia. Del conjunto de la prueba se desprende el deseo del menor de compartir el mayor tiempo posible con ambos progenitores, destacando en su discurso aspectos positivos que implicarían dicho cambio, por lo que procede fijar la guarda y custodia compartida como más conveniente para el interés del menor.

7. La SAPZ, Secc. 2ª, 171/2012, de 30 de marzo, *revoca* la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 19/10/2011 que había mantenido las medidas definitivas de divorcio con custodia individual a favor de la madre, y atribuye a ambos progenitores la guarda y custodia compartida, que se llevará a cabo por periodos trimestrales, que es la forma que aconseja el informe pericial. Se resta importancia a las dificultades de conciliación de la vida familiar y laboral del padre, a la existencia del convenio regulador de 2008 y a la conflictividad que subyace entre los progenitores.

8. La SAPZ, Secc. 2ª, 442/2012, de 23 de julio, estima en parte el recurso del padre y *revoca* en parte la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 16/12/2011, que había mantenido la custodia individual a favor de la madre con ampliación del régimen de visitas con el padre, y en su lugar se adopta el régimen de custodia compartida por meses alternos, con régimen de visitas para cada progenitor en los meses en que no conviven con el hijo. La prueba practicada ha demostrado que ambos padres están capacitados para el ejercicio de la guarda y custodia de su hijo, y no se ha demostrado que la custodia individual, evaluados los factores del 80.2 CDFa, sea más conveniente, por lo que se acuerda la custodia compartida que es el régimen preferente predeterminado por el legislador.

64. SAPZ, Secc. 2ª, 180/2011, de 29 de marzo, que *revoca* parcialmente la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 21/9/2010 que había otorgado la custodia compartida por semestres, y establece un sistema de custodia compartida con reparto de los días de la semana sobre un menor de 9 años de edad. Prueba practicada: documental aportada (informes del colegio), dictamen pericial psicológico, exploración del menor.

SAPZ, Secc. 2ª, 237/2012, de 2 de mayo, que con estimación del recurso del padre *revoca* en parte la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 18/7/2011, en el sentido de que la hija común quedará bajo la guarda compartida de sus progenitores por periodos mensuales alternos, y no por días de la semana como había acordado el Juzgado, manteniéndose el sistema de visitas y vacaciones contenido en el convenio de 2008, a excepción de los días intersemanales, que se reducen a uno. Régimen éste recomendado en el informe de la psicóloga que se estima más adecuado para preservar el superior interés del menor.

mixta se pasa a custodia compartida)<sup>65</sup>. Hay pues 35 (38 menos 3) sentencias de las Audiencias aragonesas que, desestimando el recurso de apelación formulado normalmente por la madre en solicitud de custodia individual a su favor, coinciden con la de primera instancia, que confirman, en que la custodia compartida es el sistema preferible en el caso, y también en el mantenimiento del periodo de alternancia señalado en ella, así como en su aplicación inmediata.

|  |    |
|--|----|
| SS confirmatorias de la custodia compartida:               | 38 |
| Con modificación del periodo de convivencia                | 2  |
| Con revocación del aplazamiento (revoca la custodia mixta) | 1  |
| Sin modificaciones   | 35 |

De las 35 sentencias de las AAPP confirmatorias de la custodia compartida sin introducción de modificaciones, 12 se dictan en procedimientos en que se establecen medidas de guarda y custodia de menores por primera vez<sup>66</sup> y las 23 restantes se dictan en procedimientos de modificación de medidas de guarda y custodia adoptadas con anterioridad: la guarda y custodia anterior se revisa normalmente a petición del padre y se sustituye la custodia individual, normalmente a favor de la madre, por la custodia compartida<sup>67</sup>.

65. SAPZ, Secc. 2ª, 7/2012, de 17 enero, que estima parcialmente el recurso del padre y desestima el de la madre frente a la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 4/7/2011, que revoca para establecer que el régimen de custodia compartida empiece de inmediato. Ninguna razón existe, partiendo de la conveniencia del régimen de guarda y custodia compartida, para limitar la entrada en funcionamiento de dicho régimen dos años más (hasta que la hija menor cumpla 7 años), procediéndose a revocar la sentencia en este apartado.

66. Son las siguientes:

1. SAPZ, Secc. 2ª, 149/2011, de 15 de marzo, que confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 4/11/2010: custodia compartida sobre un menor de 3 años de edad, que será ejercida de forma alternativa por periodos semanales.
2. SAPZ, Secc. 2ª, 347/2011, de 21 de junio, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 19/1/2011: custodia compartida por semestres sobre un menor de 6 años de edad.
3. SAPZ, Secc. 2ª, 351/2011, de 21 de junio, que confirma en este extremo la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 10/2/2011: custodia compartida sobre la hija de tres años por semestres alternos.
4. SAPZ, Secc. 2ª, 581/2011, de 15 de noviembre, que confirma la del JPI núm. 5 de 5/5/2011: custodia compartida sobre el hijo común, de 5 años de edad, con reparto de los días de la semana.
5. SAPZ, Secc. 2ª, 605/2011, de 29 de noviembre, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 24/5/2011: custodia compartida por periodos semestrales.
6. SAPZ, Secc. 2ª, 613/2011, de 29 de noviembre, que confirma en este extremo la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 6/6/2011: custodia compartida por semanas alternas.
7. SAPZ, Secc. 2ª, 682/2011, de 27 de diciembre, que confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza 28/7/2011: custodia compartida sobre la hija de 3 años y medido de edad por semestres alternos.
8. SAPZ, Secc. 2ª, 66/2012, de 14 de febrero, que confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 18/7/2011: custodia compartida con el régimen de alternancia por meses.
9. SAPZ, Secc. 2ª, 160/2012, de 27 de marzo, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 5/12/2011: custodia compartida en periodos de convivencia alterna de dos y tres meses.
10. SAPZ, Secc. 2ª, 341/2012, de 19 de junio, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 26/1/2012: custodia compartida por bimestres y trimestres alternos sobre dos hijos, de 11 y 7 años de edad.
11. SAPZ, Secc. 2ª, 354/2012, de 19 de junio, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 17/1/2012: custodia compartida por bimestres y trimestres alternos sobre un menor de 4 años de edad.
12. SAPH, Secc. 1ª, 154/2012, de 26 de julio, que confirma la JPI núm. 4 de Huesca de 1/6/2011: custodia compartida por periodos semanales alternos.

67 Son las siguientes:

1. SAPZ, Secc. 2ª, 368/2011, de 28 de junio, que confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 24/3/2011: custodia com-

Si ponemos en relación las 47 sentencias de custodia compartida (o mixta) de las Audiencias con las del TSJA, hemos de recordar que una (STSJA 8/2011, de 13 de julio) revoca la custodia compartida establecida por la Audiencia (SAPT, Secc. 1ª, 4/2011, de 11 de enero) para acordar en su lugar la custodia individual a favor de la madre; que otras dos (Ss. TSJA 6 y 15/2012, de 9 de febrero y 12 de abril) confirman la custodia compartida acordada por la Audiencia (Ss. SAPZ, Secc. 2ª, 414 y 332/2011, de 12 de julio y 14 de junio, respectivamente, que revocan las del Juzgado); que una confirma la custodia mixta (STSJA 35/2012, de 26 de octubre); y que otras seis (Ss. TSJA 13/2011, de 15 de diciembre, 13/2012, de 9 de abril,

---

partida por meses alternos sobre dos menores gemelas de 15 años de edad.

2. SAPZ, Secc. 2ª, 455/2011, de 13 de septiembre, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 3/3/2011: custodia compartida sobre los dos hijos comunes, de 7 y 4 años de edad, por bimestres y trimestres alternos.

3. SAPZ, Secc. 2ª, 604/2011, de 29 de noviembre, que confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 5/4/2011: custodia compartida, a petición de la madre, por años alternos.

4. SAPZ, Secc. 2ª, 615/2011, de 29 de noviembre, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 24/5/2011: custodia compartida con pernocta de dos días intersemanales con la madre. La custodia previa era individual a favor del padre.

5. SAPZ, Secc. 2ª, 691/2011, de 30 de diciembre, que confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 8/7/2011: custodia compartida de la hija de 5 años de edad acordado en el convenio regulador del divorcio: "12 días al menos", al mes, con el padre.

6. SAPZ, Secc. 2ª, 16/2012, de 24 de enero, que confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 6/9/2011: custodia compartida por años escolares alternos sobre una menor de 12 años de edad.

7. SAPZ, Secc. 2ª, 33/2012, de 24 de enero, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 16/9/2011: custodia compartida por bimestres y trimestres alternos sobre un hijo de 9 años de edad.

8. SAPZ, Secc. 2ª, 53/2012, de 7 de febrero, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 11/7/2011: custodia compartida por semanas alternas.

9. SAPZ, Secc. 2ª, 54/2012, de 7 de febrero, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 29/6/2011: custodia compartida sobre la hija de 12 años de edad por semanas alternas.

10. SAPZ, Secc. 2ª, 136/2012, de 13 de marzo, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 17/6/2011: custodia compartida por semanas alternas.

11. SAPZ, Secc. 2ª, 153/2012, de 20 de marzo, que confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 4/10/2011: custodia compartida por años escolares alternos.

12. SAPZ, Secc. 2ª, 216/2012, de 25 de abril, que confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 30/11/2011: custodia compartida por semanas alternas.

13. SAPZ, Secc. 2ª, 225/2012, de 25 de abril, que confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 5/9/2011: custodia compartida por semanas alternas.

14. SAPZ, Secc. 2ª, 228/2012, de 25 de abril, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 26/9/2011: custodia compartida por períodos de semanas alternas.

15. SAPZ, Secc. 2ª, 246/2012, de 9 de mayo, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 5/12/2011: custodia compartida por semestres alternos.

16. SAPZ, Secc. 2ª, 278/2012, de 22 de mayo, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 9/11/2011: custodia compartida por bimestres y trimestres alternos.

17. SAPZ, Secc. 2ª, 311/2012, de 5 de junio, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 19/12/2011: custodia compartida por días de la semana.

18. SAPZ, Secc. 2ª, 345/2012 de 19 de junio, que confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 7/12/2011: custodia compartida por cursos escolares alternos sobre un menor de casi 12 años de edad.

19. SAPZ, Secc. 2ª, 409/2012, de 10 de julio, que confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 12/12/2011: custodia compartida por cursos escolares alternos.

20. SAPZ, Secc. 2ª, 429/2012, de 13 de julio, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 27/12/2011, custodia compartida por bimestres y trimestres alternos.

21. SAPZ, Secc. 2ª, 444/2012, de 23 de julio, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 27/2/2012: custodia compartida por meses alternos sobre un menor de 9 años de edad.

22. SAPH, Secc. 1ª, 159/2012, de 27 de julio, que confirma la del JPI núm. 2 de Huesca de 2/3/2012: custodia compartida por días de la semana.

23. SAPZ, Secc. 2ª, 451/2012, de 6 de septiembre, que confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 23/2/2012: custodia compartida por periodos alternos de tres meses de convivencia con cada padre.

17/2012, de 18 de abril, 22/2012, de 6 de junio, 29/2012, de 25 de septiembre, y 30/2012, de 28 de septiembre) casan la sentencia de la Audiencia (Ss. APZ, Secc. 2ª, 179/2011, de 29 de marzo, APT, Secc. 1ª, 92/2011, de 21 de junio, APT, Secc. 1ª, 58/2011, de 3 de mayo, APZ, Secc. 2ª, 511/2011, de 13 de octubre, APT, Secc. 1ª, 32/2012, de 15 marzo, y APZ, Secc. 2ª, 70/2012, de 14 febrero, respectivamente) y sustituyen la custodia individual a favor de la madre por la custodia compartida. Así que a los 47 casos de custodia compartida (o mixta) de las Audiencias Provinciales Aragonesas, por un lado hay que restar un caso (revocación), pero por otro hay que sumar seis (casación), con lo que resultan un total de 52 casos de custodia compartida firme (un 36,6 % de las 142 sentencias de Audiencia que aplican la Ley 2/2010).

|  |                   |
|--|-------------------|
| Sentencias de custodia compartida (o mixta) de las Audiencias: | 47                |
| Revocadas por el TSJA:   | -1                |
| Sentencias de custodia compartida añadidas por el TSJA:        | +6                |
| TOTAL:   | 52 (36,6% de 142) |

## VIII.- MODALIDADES DE EJERCICIO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

### 1. Libertad de pacto.

Ya hemos visto antes y conviene recordar ahora que la STSJA 13/2011, de 15 de diciembre, sienta el principio de que deberá primar en todo momento el acuerdo de los progenitores en la distribución y alternancia de los períodos de convivencia de los hijos con cada uno de ellos, así como en la concreción del régimen de visitas con el padre no custodio<sup>68</sup>.

La STSJA 17/2012, de 18 de abril, que adopta para la menor el régimen de custodia compartida en períodos de seis meses alternos (la madre desde el día primero de febrero hasta el treinta y uno de julio de cada año, y el padre desde el día primero de agosto de cada año hasta el día treinta y uno de enero del siguiente), dice que esta decisión es *a salvo de cualquier otra distribución de períodos que acuerden los padres*, e indica que *cabe perfectamente que los padres pacten la alternancia de períodos, o dividirlos en quincenas, u otros distintos, que ayuden a conjugar el interés de la hija y el de sus padres, lo que exige un esfuerzo de ambos para lograr lo mejor en interés de la hija común*.

### 2. Diversidad de modalidades de ejercicio.

De estas 52 sentencias de custodia compartida (o mixta) ya reseñadas, resultan 9 modalidades distintas de ejercicio de la custodia compartida, que clasifica-

68. La SAPZ, Secc. 2ª, 442/2012, de 23 de julio, que revoca en parte la sentencia de instancia, que había mantenido la custodia individual a favor de la madre, adopta el régimen de custodia compartida. A tal fin, y *a salvo de cualquier otra distribución de períodos que acuerden los padres*, los padres tendrán la guarda y custodia del hijo por meses alternos. También se indica en el fallo que los períodos vacacionales de verano (julio y agosto) se encuentran incluidos en los de custodia de cada uno de los progenitores, *pero podrían ser alternados o modificados por ambos en atención al interés del menor y conjugándolo con el de sus padres y sus posibilidades*.



das según la duración del periodo de alternancia, de más breve a más largo, son las siguientes:

Con reparto, igualitario o no, de los días de la semana: 9 casos (17,3 %)<sup>69</sup>.

Por semanas alternas: 10 casos (uno de custodia mixta) (19,2 %)<sup>70</sup>.

Por periodos de dos semanas o quincenas alternas: 4 casos (7,7 %)<sup>71</sup>.

Por meses alternos: 5 casos (9,6 %)<sup>72</sup>.

Por bimestres alternos: 2 casos (3,8 %)<sup>73</sup>.

Por bimestres y trimestres alternos: 7 casos (13,5 %)<sup>74</sup>.

---

69. 1. SAPZ, Secc. 2ª, 180/2011, de 29 de marzo

2. SAPZ, Secc. 2ª, 242/2011, de 3 de mayo

3. SAPZ, Secc. 2ª, 332/2011, de 14 de junio

4. SAPZ, Secc. 2ª, 414/2011, de 12 de julio

5. SAPZ, Secc. 2ª, 581/2011, de 15 de noviembre

6. SAPZ, Secc. 2ª, 615/2011, de 29 de noviembre

7. SAPZ, Secc. 2ª, 53/2012, de 7 de febrero

8. SAPZ, Secc. 2ª, 311/2012, de 5 de junio

9. SAPH, Secc. 1ª, 159/2012, de 27 de julio

70. 10. SAPZ, Secc. 2ª, 149/2011, de 15 de marzo

11. STSJA 13/2012, de 9 de abril

12. SAPZ, Secc. 2ª, 613/2011, de 29 de noviembre

13. SAPZ, Secc. 2ª, 54/2912, de 7 de febrero

14. SAPZ, Secc. 2ª, 136/2012, de 13 de marzo

15. SAPZ, Secc. 2ª, 142/2012, de 20 de marzo: custodia mixta.

16. SAPZ, Secc. 2ª, 216/2012, de 25 de abril

17. SAPZ, Secc. 2ª, 225/2012, de 25 de abril

18. SAPZ, Secc. 2ª, 228/2012, de 25 de abril

19. SAPH, Secc. 1ª, 154/2012, de 26 de julio

71. 20. SAPZ, Secc. 2ª, 691/2011, de 30 de diciembre

21. SAPZ, Secc. 2ª, 94/2012, de 28 de febrero

22. STSJA 29/2012, de 25 de septiembre

23. STSJA 30/2012, de 28 de septiembre

72. 24. SAPZ, Secc. 2ª, 368/2011, de 28 de junio

25. SAPZ, Secc. 2ª, 66/2012, de 14 de febrero

26. SAPZ, Secc. 2ª, 237/2012, de 2 de mayo

27. SAPZ, Secc. 2ª, 442/2012, de 23 de julio

28. SAPZ, Secc. 2ª, 444/2012, de 23 de julio

73. 29. SAPZ, Secc. 2ª, 450/2011, de 6 de septiembre

30. SAPZ, Secc. 2ª, 7/2012, de 17 de enero

74. 31. SAPZ, Secc. 2ª, 455/2011, de 13 de septiembre

32. SAPZ, Secc. 2ª, 33/2012, de 24 de enero

33. SAPZ, Secc. 2ª, 160/2012, de 27 de marzo

34. SAPZ, Secc. 2ª, 278/2012, de 22 de mayo

35. SAPZ, Secc. 2ª, 341/2012, de 19 de junio

36. SAPZ, Secc. 2ª, 354/2012, de 19 de junio

37. SAPZ, Secc. 2ª, 429/2012, de 13 de julio

Por trimestres alternos: 2 casos (3,8 %)<sup>75</sup>.

Por semestres: 7 casos (13,5 %)<sup>76</sup>.

Por años o cursos escolares alternos: 6 casos (11,5 %)<sup>77</sup>.

Si atendemos a la frecuencia de uso, el orden, de mayor a menor, es el siguiente:

|   |             |
|---|-------------|
| Casos de custodia compartida TSJA y AAPP: | <b>52</b>   |
| Por semanas alternas:                     | 10 (19,2 %) |
| Por días de la semana:                    | 9 (17,3 %)  |
| Por bimestres y trimestres alternos:      | 7 (13,5 %)  |
| Por semestres alternos:                   | 7 (13,5 %)  |
| Por años o cursos escolares alternos:     | 6 (11,5 %)  |
| Por meses alternos:                       | 5 (9,6 %)   |
| Por periodos de dos semanas o quincenas   | 4 (7,7 %)   |
| Por bimestres alternos:                   | 2 (3,8 %)   |
| Por trimestres alternos:                  | 2 (3,8 %)   |

### 3. No necesidad de un reparto igualitario de los días de convivencia con cada padre.

Nos dice el Legislador en el núm. 10 del Preámbulo que *la custodia compartida, tal y como se configura en esta Sección, no implica necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida, cual es el mantenimiento de una relación equilibrada y continua de ambos padres con sus hijos*<sup>78</sup>. *El artículo 80 establece un marco flexible para que el Juez pueda valorar todas las*

75. 38. SAPZ, Secc. 2ª, 171/2012, de 30 de marzo

39. SAPZ, Secc. 2ª, 451/2012, de 6 de septiembre

76. 40. SAPZ, Secc. 2ª, 347/2011, de 21 de junio

41. SAPZ, Secc. 2ª, 351/2011, de 21 de junio

42. SAPZ, Secc. 2ª, 605/2011, de 29 de noviembre

43. STSJA 13/2011, de 15 de diciembre

44. SAPZ, Secc. 2ª, 682/2011, de 27 de diciembre

45. SAPZ, secc. 2ª, 246/2012, de 9 de mayo.

46. STSJA 17/2012, de 18 de abril

77. 47. SAPZ, Secc. 2ª, 604/2011, de 29 de noviembre

48. SAPZ, Secc. 2ª, 16/2012, de 24 de enero

49. SAPZ, Secc. 2ª, 153/2012, de 20 de marzo

50. STSJA 22/2012, de 6 de junio, que confirma íntegramente la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 31/3/2011.

51. SAPZ, Secc. 2ª, 345/2012, de 19 de junio

52. SAPZ, Secc. 2ª, 409/2012, de 10 de julio

78. SAPZ, Secc. 2ª, 242/2011, de 3 de mayo.

*circunstancias que concurren en el caso concreto y decida el régimen de convivencia de cada progenitor en interés de unas adecuadas relaciones familiares*<sup>79</sup>.

El reparto del tiempo de convivencia de los hijos con cada uno de los padres no tiene que hacerse necesariamente por periodos iguales, el marco legal es flexible, pero la flexibilidad para fijar la concreta modalidad de custodia compartida que mejor se adapta a las circunstancias del caso concreto tiene sus límites: ha de tratarse de un verdadero régimen de custodia compartida, que haga posible una relación equilibrada y continua de ambos padres con sus hijos.

Así, por ejemplo, no se compagina bien con un sistema de custodia compartida, el establecimiento de un periodo de estancias de dos noches al mes y 10 horas semanales por las tardes lectivas, sin pernocta<sup>80</sup>. La custodia compartida requiere un verdadero sistema alterno o compartido de estancias con cada uno de los padres, aunque los periodos de estancia con uno y otro no sean iguales. Pero no solo ha de haber continuidad en la relación de ambos padres con sus hijos, sino que además tiene que haber un cierto equilibrio en la relación que los hijos tienen con su padre y con su madre: por ejemplo, no puede vincularse el tiempo de ocio y descanso a uno de los progenitores y el de estudio y trabajo al otro<sup>81</sup>.

Respetados estos límites estructurales, es cierto que la custodia compartida *no supone una distribución exactamente paritaria del tiempo que el menor debe pasar con cada progenitor, debiéndose acomodar a las circunstancias concretas en cada caso concurrentes*. Por ello, *no existe inconveniente en que se amplíen las estancias que vienen realizándose en la actualidad [en cumplimiento del régimen de visitas con el padre], de tal manera que los dos días intersemanales se completen con pernocta y en los fines de semana la entrega se realice los lunes por la mañana, lo que a la postre viene a suponer una custodia compartida*<sup>82</sup>. La S. TSJA 15/2012, de 12 de abril, dice que la solución

79. En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 237/2012, de 2 de mayo, el Juez rechazó la custodia compartida por periodos trimestrales que el padre solicitó inicialmente, por considerar que este sistema, vistas las circunstancias concurrentes en el caso, era incompatible con el ambiente de conflictividad parental existente. El Juez, sin atender a lo recomendado en el informe de la psicóloga del juzgado, acordó un sistema de custodia compartida de fines de semana alternos a favor del padre hasta el lunes a la entrada al colegio y dos días entre semana con pernocta. En apelación, el padre solicita la custodia compartida por meses alternos propuesta por el informe pericial de la psicóloga y la Audiencia estima el recurso en este punto al considerar que este régimen es el más adecuado para preservar el superior interés de los menores, designio al que debe ajustarse toda decisión, resolución o medida que les afecte (art. 76 CDFIA).

80. Así lo dice la SAPZ, Secc. 2ª, 142/2012, de 20 de marzo.

81. En la SAPZ, Secc. 2ª, 199/2011, de 12 de abril, se dice que el plan de custodia compartida que propone el padre reserva todos los fines de semana desde el jueves por la tarde al lunes por la mañana al mismo, atribuyendo el resto de la semana a la madre, lo que no puede aceptarse, pues vincula ocio-descanso y fin de semana a uno de los progenitores.

82. Ss. APZ, Secc. 2ª, 180/2011, de 29 de marzo, que revoca parcialmente la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 21/9/2010 que había establecido la custodia compartida por semestres, y 414/2011, de 12 de julio, que revoca en este extremo la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 9/3/2011, y es confirmada por la STSJA 15/2012, de 12 de abril.

En estas sentencias se establece que el padre tendrá al menor de 9 años de edad [menores, de 11 y 9 años, en la S. de 12 de julio de 2011] fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio o desde las 17,30 horas hasta el lunes a la entrada del mismo, cuando lo haya, entregándolo, en caso contrario, en el domicilio materno. Martes y jueves desde la salida del colegio o desde las 17,30 horas, con pernocta, hasta el día siguiente a la entrada del colegio, cuando lo haya, en caso contrario, lo llevará al domicilio materno. El resto del tiempo permanecerá el menor con su madre. Las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano se distribuirán por mitad en dos periodos cada una, eligiendo la madre los años pares y el padre los impares.

Casos similares son los de las Ss. APZ, Secc. 2ª, 581/2011, de 15 de noviembre, que confirma la del JPI núm. 5 de 5/5/2011, y 615/2011, de 29 de noviembre, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 24/5/2011. También es similar

adoptada por la Audiencia es un régimen de custodia compartida *sui generis*, que no acuerda un reparto exactamente igual de la custodia, sino que amplía el tiempo de permanencia de los niños con el padre: las dos tardes intersemanales se alargan y se completan con la pernocta; y el fin de semana alterno se extiende al lunes hasta la entrada en el colegio. En realidad, en este caso existe un reparto igualitario: de 14 días, el padre tiene a sus hijos consigo 7 (los 4 días intersemanales con pernocta y los tres del fin de semana largo) y la madre los otros siete.

En el caso de la SAPH, Secc. 1ª, 159/2012, de 27 de julio, el fin de semana alterno del padre sigue terminando el domingo a las 19,30 h y es tratado por el Juez y la Audiencia como de custodia individual de la madre con visitas ampliadas para el padre, pese a las dos tardes entre semana con pernocta<sup>83</sup>. La controversia sobre la denominación de un concreto régimen de custodia, una vez ya establecido o acordado, es intrascendente<sup>84</sup>. En este caso, de 14 días, el padre tiene a los hijos

---

el caso de la SAPH, Secc. 1ª, 159/2012, de 27 de julio, si bien los fines de semana alternos del padre siguen terminando a las 20 h del domingo; es un caso que tanto el Juez como la Audiencia denominan de custodia individual de la madre con ampliación de las visitas del padre.

Otro caso de reparto no igualitario por días de la semana, algo distinto de los anteriores, es el de la SAPZ, Secc. 2ª, 53/2012, de 7 de febrero, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 11/7/2011: Las hijas comunes, de 13 y 6 años de edad, estarán en compañía de su padre en semanas alternas, desde la salida del colegio los jueves hasta la entrada en el colegio el lunes por la mañana (10 horas en otro caso). Si a algún fin de semana de visitas puede unirse un puente festivo, el padre vera ampliadas las visitas desde la salida del colegio de la víspera del día que inicie el puente de que se trate o hasta la entrega en el colegio del día de finalización del puente. Será de aplicación para ambos progenitores. Cuando no haya fin de semana, el padre estará con sus hijas los martes y jueves, desde la salida del colegio y hasta la entrada en el centro escolar al día siguiente. Cuando correspondan visitas el fin de semana, los martes en el mismo horario.

83. En la súplica de la demanda el padre solicita la custodia compartida, debiendo ejercitarse ésta mediante periodos semanales, y *alternativamente, en caso de estimarse más beneficioso para el menor, se mantendrá el régimen vigente pero el menor pernoctará con el padre todos los martes y jueves*. El Juez estima parcialmente la demanda y en relación al régimen de visitas se acuerda que el padre podrá permanecer en compañía del menor los martes y jueves desde la salida del colegio con pernocta, hasta la hora de entrada por la mañana o si fuere día festivo hasta las 10 horas, en que deberá ser entregado a la madre en su domicilio. En todo lo demás se mantiene el régimen anterior.

Coinciden ambos ex-cónyuges en sus respectivos recursos de apelación en apuntar que la Sra. Juez ha dado en la Sentencia algo no pedido o distinto de lo pedido, a lo que la Sala debe replicar que no es así. En la resolución apelada se confirma en su práctica totalidad el régimen de custodia exclusiva a favor de la madre que se había establecido en la Sentencia de divorcio cuya modificación se insta ahora por el esposo, cuya pretensión se ha estimado únicamente en el sentido de ampliar las visitas intersemanales de martes y jueves a favor de dicha parte, cuyo final se extiende desde las 20 horas de esos días hasta la respectiva mañana siguiente con pernocta incluida. Las partes inciden en que en la súplica de la demanda no se pedía una ampliación del régimen de visitas correspondiente a la custodia exclusiva, que es lo que ha hecho la Sra. Juez, sino en todo caso la custodia compartida ..., sin que la expresión "se mantendrá el régimen vigente" pueda entenderse referida a un régimen distinto del que se constituyó con la Sentencia de divorcio, que no era otro que la custodia exclusiva, por lo que nos parece sorprendente que en la primera página del recurso del esposo trate de explicarse la expresión que acabamos de transcribir ("se mantendrá el régimen vigente") diciendo que "esta segunda opción se planteaba como una opción de régimen de estancia para el ejercicio de la custodia compartida, no como una ampliación del régimen de visitas vigente", afirmación que, a nuestro juicio, resulta totalmente incompatible con lo pedido en la súplica de la demanda en los términos en que fue redactada, por lo cual en absoluto cabe reprocharle a la Sra. Juez que haya infringido los principios de congruencia o de justicia rogada al dictar el fallo de su resolución (FD 1º).

En el FD 2º se dice que lo que el padre pide ahora en su recurso es sustancialmente lo mismo ... que la Sra. Juez ha decidido ..., bien que sobre la base de no modificar la custodia exclusiva, mientras que el esposo pretende ahora presentar este régimen como de custodia compartida ...

84. El debate prosigue en el FD 3º: Los ex-cónyuges, en cualquier caso, mantienen su controversia sobre la denominación que debe recibir el régimen de custodia, si exclusiva o compartida. Consideramos por nuestra parte que otorgar un determinado nombre al régimen de custodia quizá no resulte lo más trascendente en el presente caso, y prueba de ello es que una de las partes ha pasado a calificar como de custodia compartida el mismo régimen que, según se desprende de la súplica de su demanda, se había considerado como de custodia exclusiva, esto es, el vigente al momento de pedir la modificación. ...

La Audiencia, después de comprobar que la Sra. Juez ha valorado adecuadamente la prueba practicada y que ambos padres son personas adecuadas para tener la custodia de su hijo, ratifica las medidas personales previstas en el convenio regulador con la ampliación de la duración de las visitas de martes y jueves, incluyendo pernocta, tal y como ya había decidido la juzgadora de instancia.

consigno 6 (los cuatro días intersemanales con pernocta y los dos del fin de semana corto: el 42, 8 % del tiempo). Parece que es un caso claro de custodia compartida.

Como puede verse, son ejemplos de reparto alterno y equilibrado, aunque no siempre exactamente paritario<sup>85</sup>, del tiempo de convivencia con cada padre por días de la semana<sup>86</sup>. Este reparto por días de la semana puede ir unido a una alternancia por períodos de tiempo iguales, por ejemplo por cursos escolares<sup>87</sup>.

También es calificado de custodia compartida por el Juzgado y la Audiencia el siguiente caso: el padre estará con sus hijos, de 12 y 6 de edad, respectivamente, de lunes a miércoles, desde la salida de clase hasta las 21 h. Llevará a los menores al domicilio de la abuela materna, al concluir la visita. Asimismo, los jueves desde la salida del colegio y hasta la entrada en el centro escolar el viernes. Este régimen estará vigente mientras la madre lleve horario de tardes<sup>88</sup>. Los fines de semana se extenderán desde el viernes a la salida del colegio (17 horas en otro caso) y hasta el lunes por la mañana, al comienzo de su horario lectivo (en otro caso, la entrega se hará a las 10 horas del lunes). Caso de poder unirse a fin de semana un puente festivo, se extenderá desde la salida del colegio del día de inicio del puente o, en su caso, hasta el inicio del colegio el día de su finalización. Continuará vigente el régimen pactado de periodos vacacionales y fechas señaladas (SAPZ, Secc. 2ª, 311/2012, de 5 de junio, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 19/12/2011). Dice la Audiencia que “se trata de un sistema que compagina adecuadamente las necesidades y requerimientos de los hijos, sin sustraerlos de su entorno habitual y dado el importante inconveniente subyacente en la falta de una vivienda propia del recurrente dónde aquellos puedan desarrollar con libertad y autonomía sus actividades cotidianas, acomodándose pues a los principios rectores de la norma vigente (ar. 80 CDFA)”<sup>89</sup>.

---

85. *El reparto de la custodia que consta en la súplica del recurso no es tan igualitario como quiere hacer ver el esposo, ya que de cada catorce días no vacacionales el menor pernoctaría con su padre durante seis y con su madre durante los ocho restantes, y ello porque, según el régimen que se pretende en dicho recurso, el niño dormiría en casa de su madre todos los domingos con independencia de quién tuviera la custodia ese fin de semana* (SAPH, Secc. 1ª, 159/2012, de 27 de julio).

86. También la doctrina se ha planteado en qué medida son equivalentes un régimen de visitas amplias y una custodia compartida, en su caso con limitaciones. Martínez de Aguirre (2011, pp. 147-148), con cita de autores españoles y estadounidenses, entiende que la custodia compartida exige la inclusión de pernoctas con ambos progenitores durante cierto tiempo. Por debajo del 25% del tiempo de convivencia estaríamos ante una custodia individual, mientras que a partir del 40-45% del tiempo de convivencia habría que entender que estaríamos ante una custodia compartida; entre ambas proporciones habría una zona intermedia, en la que cabría calificar el régimen acordado como de custodia individual siempre que la opción explícita por ese régimen entrañara la atribución intencional, por causas justificadas, de un mayor poder decisorio y una posición jurídica más sólida al progenitor custodio.

87. En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 345/2012, de 19 de junio, se establece que la guarda y custodia de la hija común será compartida por ambos progenitores por cursos escolares alternos, pero el progenitor no custodio tendrá a la hija fines de semana alternos y los martes y jueves desde la salida del colegio a la entrada del día siguiente.

88. Este régimen se acuerda con base en la disponibilidad de tiempo del padre durante ese horario, el horario laboral de la madre de 14,30 a 22 h., y la residencia del padre en el domicilio de sus padres, donde también convive un hermano.

89. El informe psicológico practicado en el proceso recomienda la custodia compartida por semestres alternos, pero el Juzgador de instancia, atendidas las circunstancias del caso, acuerda el sistema reflejado en el texto, que la Audiencia confirma, pese a que el padre pide en el recurso de apelación que se establezca el sistema de custodia compartida por períodos de meses alternos, o, alternativamente, de semestres alternos.



En cambio, se mantiene el calificativo de custodia individual o exclusiva en casos como el siguiente: Se desestima la petición de custodia compartida formulada por el padre, continuando ostentándola de forma exclusiva la madre; pero se modifica el régimen mínimo de visitas de la hija con el progenitor no custodio y se establece el siguiente: a) Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del colegio; b) Un día entre semana desde la salida del colegio hasta el día siguiente a la entrada del mismo<sup>90</sup>. De 14 días, el padre tiene a los hijos consigo 5 (los tres del fin de semana largo y los dos intersemanales con pernocta) y la madre 9. El porcentaje de 5 sobre 14 es del 35,7 %. Es un caso dudoso.

Esta duda y, en general, la del porcentaje de tiempo de custodia necesario para que el sistema pueda ser considerado como de custodia compartida, sería muy oportuno que fueran resueltas por la jurisprudencia porque, de cara al futuro, la cuestión no es irrelevante. Si una modalidad como la indicada en el párrafo anterior fuera considerada como de custodia compartida, el progenitor que la pidiera en su plan de relaciones familiares no tendría que demostrar que es lo mejor para el menor, de manera que la carga de la prueba recaería sobre el progenitor que se opusiera a esta medida.

#### **4. Ejemplos de modalidades de custodia compartida con periodos de convivencia iguales con cada padre.**

##### **4.1. Por días de la semana.**

La guarda y custodia compartida sobre los menores, de 12 y 10 años de edad, se llevará a cabo del siguiente modo: a) Padre: desde el viernes a la salida del colegio hasta el miércoles que los llevará directamente al centro escolar. La semana que no está con sus hijos en fin de semana, desde el lunes a la salida del colegio hasta el miércoles que los lleva directamente al colegio; b) Madre: desde el miércoles a la salida del colegio, hasta el lunes a la entrada al colegio; y la semana siguiente desde el miércoles a la salida del colegio hasta el viernes a la entrada al colegio. Las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, verano y el Pilar se dividirán por mitad<sup>91</sup>.

##### **4.2. Por semanas alternas.**

La menor de 12 años de edad estará con cada progenitor por periodos de semanas alternas que comenzarán a las 20,30 horas del domingo. Si a algún fin de

90. SAPZ, Secc. 2ª, 384/2012, de 3 de julio, que confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 13/3/2012.

91. SAPZ, Secc. 2ª, 242/2011, de 3 de mayo, que revoca parcialmente la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 23/7/2010.

Caso muy similar es el de la SAPZ, Secc. 2ª, 332/2011, de 14 de junio, confirmada por la STSJA 6/2012, de 9 de febrero. La Audiencia revoca la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 23/2/2011, que había otorgado la custodia individual a favor de la madre. En este caso, las vacaciones escolares son por mitad, los gastos ordinarios de los hijos son a cargo de cada progenitor cuando el menor se encuentre a su cargo y los extraordinarios al 50 %.

Caso distinto era el de la SAPT, Secc. 1ª, 4/2011, de 11 de enero (casada por la STSJA 8/2011, de 13 de julio, para establecer la custodia individual a favor de la madre), que, pese a acordar la custodia compartida por días (un día con cada progenitor), estimaba que, *en atención a la estabilidad del menor, la custodia diaria resulta poco conveniente y debería ser sustituida, al menos cuando el menor alcance la edad suficiente para la escolarización obligatoria, por una custodia por periodos más amplios.*

semana puede unirse un puente escolar festivo, se ampliará la semana de custodia hasta las 20,30 horas del día de finalización del mismo. Las fiestas escolares entre semana corresponderán al progenitor que tenga la custodia. Las semanas de custodia alternas se armonizarán con los turnos de trabajo del padre, correspondiéndole la custodia en las semanas en que lleve turno de mañana. El primer periodo comenzará el 4 de septiembre. La autoridad familiar, en lo que exceda de su ámbito ordinario, corresponde a ambos progenitores. En cuanto a las visitas, regirá el acuerdo que alcancen los progenitores. Las vacaciones se dividirán por mitad<sup>92</sup>.

En el caso de la S. del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Zaragoza de 7/5/2012 (confirmada por SAPZ, Secc. 2ª, 507/2012, de 11 de octubre) el Juzgador no considera que la forma de custodia compartida por semanas alternas sobre un menor nacido en septiembre de 2010 sea la más correcta, porque la custodia en lugar de compartida se convierte en alternativa, considerando más adecuado que los menores estuvieran pernoctando en días alternos con sus progenitores; sin embargo mantiene el régimen de semanas alternas, si bien en aras al buen funcionamiento del mismo introduce el derecho del progenitor que no lo tenga en su compañía durante esa semana a tener visitas intersemanales la tarde de los miércoles de 17 a 20 h.

#### 4.3. Por períodos de dos semanas o quincenas alternas.

La guarda y custodia del hijo de 14 años de edad será compartida por quincenas alternas de viernes a viernes. En dicho periodo el hijo se comunicará y visitará al progenitor no custodio en la manera que estime pertinente o de común acuerdo con el progenitor. El régimen de vacaciones se mantiene el fijado en la

92. SAPZ, Secc. 2ª, 54/2012, de 7 de febrero, que confirma en estos extremos la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 29/6/2011.

En términos muy similares: Ss. APZ, Secc. 2ª, 136/2012, de 13 de marzo, que confirma la del JPI núm. 5 de 17/6/2011; 149/2011, de 15 de marzo, que confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 4/11/2010; 613/2011, de 29 de noviembre, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 6/6/2011, SAPZ, Secc. 2ª, 216/2012, de 25 de abril: añade esta sentencia que "los llamados puentes escolares se unirán al fin de semana, finalizando la estancia a las 20:30 horas del día anterior al inicio de las clases, por lo que el progenitor en cuya compañía se encuentren esa semana prolongará su estancia en los términos expuestos".

Similar es también el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 225/2012, de 25 de abril, que confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 5/9/2011 salvo en los apartados referentes a las visitas intersemanales de los hijos con el padre no custodio que se reducen a una tarde, y a la pensión alimenticia debiendo abonar el padre 300 euros mensuales y 200 al mes la madre. Similar igualmente es la SAPZ, Secc. 2ª, 228/2012, de 25 de abril, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 26/9/2011, con la puntualización aclaratoria de que el domicilio del progenitor custodio en que la entrega de las hijas ha de producirse es el domicilio del que tras finalizar su semana de guarda entrega las hijas al otro para que comience la semana que le corresponde. Similar: SAPH, Secc. 1ª, 154/2012, de 26 de julio, la niña es de corta edad: nació en el año 2009.

Otros ejemplos: a) *Una vez que el menor cumpla tres años de edad*, pasará una semana alterna con cada uno de sus padres y el progenitor no custodio en ese momento podrá tener al menor dos tardes entre semana, en defecto de acuerdo los martes y los jueves desde la hora de salida de la guardería hasta el día siguiente en que lo reintegrará a la guardería, por tanto con pernocta; así como la mitad de las vacaciones escolares. El cambio de custodia se realizará los viernes a la hora de salida de la guardería o colegio, salvo que los padres acuerden otra cosa (SAPZ, Secc. 2ª, 142/2012, de 20 de marzo, que confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 23/11/2011). Caso de custodia mixta.

b) Los tres hijos, de 16, 12 y 7 años, permanecerán una semana con cada uno de los progenitores, a cargo suyo y bajo su custodia durante todo el día, desde el viernes a la hora de salida del centro donde realicen sus estudios hasta igual momento del siguiente viernes, en que se hará cargo el otro progenitor. Caso de ser festivo el viernes, el momento del cambio de progenitor custodio tendrá lugar a las 18 horas del propio viernes. Dado el período semanal de custodia establecido, no se estima preciso fijar régimen de visitas a favor del progenitor que no conviva con los hijos durante una semana. Las vacaciones escolares de los hijos serán repartidas entre los progenitores por mitad (STSJA 13/2012, de 9 de abril, que casa y deja sin efecto la SAPT, 92/2011, de 21 de junio).

sentencia de divorcio de 5 de mayo de 2010, en el resto de días señalados se deja en libertad al menor para que pueda disfrutarlos conforme su deseo<sup>93</sup>.

Otro ejemplo: Se adopta para el menor el régimen de custodia compartida de ambos progenitores, con igual ejercicio compartido de la autoridad familiar. A tal fin, cada uno de ellos tendrá consigo al hijo por períodos de dos semanas, de manera que el progenitor a quien en cada momento corresponda recogerá al menor del domicilio del otro el viernes a las 17.00 horas y lo entregará al otro en su propio domicilio al finalizar el período. Cuando el menor esté escolarizado, la recogida por el progenitor a quien corresponda se hará a las 17,30 en el domicilio del otro progenitor, o bien el viernes a la salida del colegio si así lo acuerdan ambos progenitores<sup>94</sup>.

La STSJA 30/2012, de 28 de septiembre, en relación con el periodo de permanencia del niño con cada progenitor, indica que *se considera preferente que sea no quincenal, sino de dos semanas, porque de esta manera se va a lograr una mayor uniformidad en las rutinas del menor, siendo más adecuado limitar las visitas entre semana de tres a dos días*.

#### 4.3. Por meses alternos.

La guarda y custodia de los dos hijos menores será compartida por meses naturales alternos por ambos progenitores quienes ostentarán igualmente de forma conjunta la autoridad familiar. El progenitor no custodio en cada momento podrá tener a los menores en su compañía los fines de semana alternos, dos tardes a la semana, mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano<sup>95</sup>. En

93. SAPZ, Secc. 2ª, 94/2012, de 28 de febrero, que revoca la del JPII núm. 2 de La Almunia de Doña Godina de 8/9/2011.

Un caso que no es por quincenas, sino "al menos 12 días con el padre" es el de la SAPZ, Secc. 2ª, 691/2011, de 30 de diciembre, que confirma en este extremo la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 8/ /2011. El Juzgado declara no haber lugar a la modificación de la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo de 2007 pedida por el padre para establecer un reparto por quincenas. En el convenio regulador estipularon la guarda y custodia compartida de su hija, nacida en 2006, que sería ejercida por ambos conforme a las pautas que seguidamente establecían. En la primera de ellas se decía que 12 días "al menos", la menor estará bajo la guarda de su padre, preferiblemente en los que no trabaja –por su calendario laboral el padre tenía 10 días festivos seguidos al mes-, quedando pendientes los días restantes de lo que decidan ambos padres en función del trabajo de la madre y para colaborar ambos en que la niña no tenga que acudir a la guardería ni encomendar su cuidado a terceras personas que no sean de la familia. Dice la Sala que el "al menos" que sigue a los 12 días señalados hay que entenderlo en el sentido de que los días señalados al padre son 12, pero puede quedar beneficiado por otro/s, hasta los 15 mensuales, si en función del trabajo de la madre y a los efectos que la cláusula contempla así se decide.

94. STSJA 29/2012, de 25 de septiembre. Se indica en esta sentencia que la secuencia semanal (custodia por semanas alternas) podría comportar consecuencias negativas en el proceso de adaptación a la escuela en el que el niño, de tres años de edad, se encuentra, pareciendo más adecuada la alternancia bisemanal o quincenal como sugiere el Ministerio Fiscal, de los períodos de estancia del menor con los progenitores.

95. SAPZ, Secc. 2ª, 66/2012, de 14 de febrero, que confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 18/7/2011.

Otro ejemplo: La guarda y custodia se otorga de forma compartida a los padres por meses alternos, compartiendo ambos progenitores la autoridad familiar. Se fija el inicio del primer mes que han de pasar a vivir con el padre el que se inicia el 1 de mayo de 2011 y luego ya por meses alternos con cada uno de los progenitores. No se impone a las dos hijas, de casi ya 15 años de edad, ningún sistema fijo y obligatorio de visitas quedando en libertad para ver y relacionarse con el progenitor con el que en cada caso no convivan cuando las partes libre y voluntariamente así lo estimen oportuno (SAPZ, Secc. 2ª, 368/2011, de 28 de junio, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 24/3/2011).

La SAPZ, Secc. 2ª, 237/2012, de 2 de mayo, con estimación del recurso del padre, revoca en parte la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 18/7/2011, en el sentido de que la hija común quedará bajo la guarda compartida de sus progenitores por periodos mensuales alternos, y no por días de la semana como había acordado el Juzgado, manteniéndose el sistema de visitas y vacaciones contenido en el convenio de 2008, a excepción de los días intersemanales, que se reducen a uno.

principio, como señala la SAPZ, Secc. 2ª, 442/2012, de 23 de julio, los periodos vacacionales de verano (julio y agosto) se encuentran incluidos en los de custodia de cada uno de los progenitores, pero pueden ser alternados o modificados por acuerdo de ambos.

#### 4.4. Por bimestres alternos.

Se atribuye la guarda y custodia de los hijos, de 8 y 5 años respectivamente, de forma compartida a ambos progenitores. Los padres tendrán la custodia de sus hijos dos meses alternativamente cada uno, correspondiendo al padre el primer periodo a partir del mes de marzo del presente año. El progenitor al que no le corresponda tenerlos en su compañía tendrá un régimen de visita de fines de semana alternos, una tarde entre semana con pernocta y vacaciones escolares por mitad<sup>96</sup>. Suele establecerse que los hijos pasarán un mes de verano, julio o agosto, con cada padre.

En este sistema un padre disfruta de tres periodos de convivencia con los hijos al año, más el mes de vacaciones de verano, y el otro sólo de dos, y el mes de vacaciones de verano, pero esta diferencia se compensa al año siguiente en el que el padre que tuvo dos tendrá tres y el que tuvo tres tendrá dos. En puridad no puede decirse que el reparto sea desigual<sup>97</sup>.

#### 4.5. Por bimestres y trimestres alternos.

El hijo común de 9 años de edad queda bajo la custodia compartida de sus progenitores. La autoridad familiar, en lo que exceda de su ejercicio ordinario, corresponde a ambos progenitores. Se fijan los siguientes periodos de convivencia alterna con cada uno de los progenitores: septiembre y octubre, noviembre y diciembre, enero a marzo y abril a junio. Cada curso escolar reiniciará un turno que no coincidirá con el fijado para el anterior: septiembre lo empezará cada año uno de los padres. Los turnos de custodia finalizarán a las 20 horas del último día del mes correspondiente. En cuanto a régimen de visitas, se estará al acuerdo que alcancen los progenitores; subsidiariamente: fines de semana alternos y dos tardes entre semana. Las vacaciones se dividirán por mitad<sup>98</sup>.

Régimen éste recomendado en el informe de la psicóloga que se estima más adecuado para preservar el superior interés del menor.

Otro caso es el de la SAPZ, Secc. 2ª, 444/2012, de 23 de julio.

96. SAPZ, Secc. 2ª, 7/2012, de 17 de enero, que revoca parcialmente la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 4/7/2011.

Otro ejemplo: periodos de dos meses alternos, comenzando el primer periodo la madre a partir del mes de octubre. Régimen de visitas del menor con el progenitor con el que no conviva: fines de semana alternos, dos tardes entre semana y mitad de las vacaciones escolares (SAPZ, Secc. 2ª, 450/2011, de 6 de septiembre, que revoca la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 14/10/2010).

97. La SAPZ, Secc. 2ª, 278/2012, de 22 de mayo, dice: La sentencia fija como periodos de alternancia de los hijos con cada uno de los progenitores los meses de septiembre y octubre, noviembre y diciembre, enero a marzo y abril a junio, reparto que el padre pide se sustituya por otro único, bimensual, petición que debe rechazarse, pues el reparto que el Juez articula es la única forma de que haya una igualdad de periodos para ambos progenitores, al margen de las vacaciones de verano del calendario escolar.

98. SAPZ, Secc. 2ª, 33/2012, de 24 de enero, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza 16/9/2011.

Son muy similares los casos de las Ss. APZ, Secc. 2ª, 455/2011, de 13 de septiembre, que confirma la del JPI núm. 5 de

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 278/2012, de 22 de mayo, se especifica que los turnos de custodia finalizarán a las 20 horas del último día del mes, si bien la entrega de los menores en el mes de diciembre tendrá lugar el día 30 a las 20,00 horas. Las entregas de los menores, con excepción de las que coincidan con la finalización del horario escolar, se llevarán a cabo en el domicilio del progenitor custodio.

#### 4.6. Por trimestres alternos.

La guarda y custodia sobre el hijo común, de 6 años de edad, se llevará a cabo por periodos trimestrales, donde el menor estará con cada uno de los progenitores<sup>99</sup>. El régimen de visitas para el progenitor no custodio, cuando el hijo esté con el otro progenitor, será de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada al mismo y un día entre semana desde la salida del colegio hasta el día siguiente a la entrada del centro escolar, y la mitad de las vacaciones escolares<sup>100</sup>.

#### 4.7. Por semestres alternos.

El hijo común, de 6 años de edad, quedará bajo la custodia compartida de sus progenitores. Se fijan dos periodos al año de convivencia: desde el 31 de enero (19 horas) al 31 de julio (20 horas); el segundo, del 31 de julio al 31 de enero. El menor pasará a residir con su padre el próximo 31 de enero. En cuanto a visitas, regirá en primer lugar el acuerdo que alcancen los progenitores. En su defecto: fines de semana alternos hasta el lunes por la mañana, más los puentes festivos que puedan unirse al fin de semana, y dos tarde entre semana. En julio y agosto no habrá régimen de visitas. Las vacaciones de Semana Santa y fiestas del Pilar corresponderán al progenitor no custodio. Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos<sup>101</sup>. Como dice la STSJA 17/2012, de 18 de abril, *los períodos*

---

Zaragoza de 3/3/2011; 160/2012, de 27 de marzo, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 5/12/2011; 278/2012, de 22 de mayo, que confirma en parte la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 9/11/2011; 341/2012, de 19 de junio, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 26/1/2012; 354/2012, de 19 de junio, que ratifica la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 17/1/2012; 429/2012, de 13 de julio, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 27/12/2011.

99. La SAPZ, Secc. 2ª, 451/2012, de 6 de septiembre, indica que los periodos alternos de tres meses de convivencia con cada progenitor son de enero a marzo, abril a junio, julio a septiembre y octubre a diciembre. En defecto de acuerdo se establece un régimen de visitas mínimo de fines de semana alternos y dos tardes entre semana, mitad de las vacaciones escolares de Navidad y un mes en verano. Las vacaciones escolares de Semana Santa y Fiestas del Pilar, atendida su actual corta duración, corresponderán íntegras cada año a un progenitor.

100. SAPZ, Secc. 2ª, 171/2012, de 30 de marzo, que revoca la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 19/10/2011.

101. SAPZ, Secc. 2ª, 347/2011, de 21 de junio, que confirma la del JPI núm. 5 de 19/1/2011. Casos similares son: SAPZ, Secc. 2ª, 605/2011, de 29 de noviembre, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 24/5/2011; STSJA 17/2012, de 18 de abril.

Otro ejemplo menos claro: La guarda y custodia compartida del menor de 3 años y medio de edad la ejercerá la madre desde este mismo momento (28 de julio) al 31 de diciembre de 2011 en que pasará a ejercerla el padre por un semestre completo y luego la madre el semestre siguiente y así por semestres alternos sucesivos la ostentará cada una de las partes. Sistema de visitas con el progenitor con el que no conviva de fines de semana alternos, una tarde entre semana, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y un mes en verano. Las vacaciones escolares de Semana Santa y Fiestas del Pilar, atendida su actual corta duración, corresponderán íntegras cada año a un progenitor. Los llamados "puentes escolares" se unirán al fin de semana (SAPZ, Secc. 2ª, 682/2011 de 27 de diciembre, que confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 28/7/2011).



*vacacionales de verano (julio y agosto) se encuentran incluidos en los de custodia de cada uno de los progenitores, pero podrían ser alternados o modificados por ambos en atención al interés del menor y conjugándolo con el de sus padres y sus posibilidades.*

Una alternativa es dejar fuera de los semestres las vacaciones escolares de verano: Un padre tendrá la guardia y custodia del menor (de 10 años) durante la mitad del curso escolar, es decir, desde el día primero del mes de septiembre de cada año hasta el 31 de enero del año siguiente, y el otro padre durante la segunda mitad del curso escolar, es decir, desde el día primero de febrero hasta el día treinta de junio siguiente de cada año. La posibilidad de alternancia en los periodos se deja al buen criterio de los progenitores. A falta de otro acuerdo, se fija un régimen de visitas con el padre que en cada período sea el progenitor no custodio de fines de semana alternos hasta el lunes por la mañana, más los puentes festivos que se puedan unir a ellos, y dos días entre semana. Las vacaciones escolares de verano, Navidad, Semana Santa y fiestas del Pilar se dividirán en dos periodos<sup>102</sup>.

#### **4.8. Por cursos escolares alternos.**

La custodia compartida sobre la menor, de 12 años de edad, la ejercerá la madre desde la fecha de la sentencia de instancia (6/9/2011) hasta el 30 de junio de 2012 en que pasará a ejercerla el padre por un año completo, del 1 de julio de 2012 al 30 de junio de 2013, y luego ya por años alternos la ostentará cada una de las partes. El curso escolar es la manera en que los niños estructuran su tiempo. En defecto de acuerdo se establece un régimen de visitas mínimo de fines de semana alternos, vacaciones por mitad, etc., como en el convenio de divorcio de 2006<sup>103</sup>.

También es frecuente que el progenitor no custodio pueda tener a los hijos una o dos tardes entre semana, en ocasiones con pernocta<sup>104</sup>.

En los sistemas de custodia compartida por meses o por periodos de duración superior, los turnos de custodia suelen finalizar a las 20 horas del último día del mes correspondiente.

---

102. STSJA 13/2011, de 15 de diciembre, que casa y anula la de la APZ, Secc. 2ª, 179/2011, de 29 de marzo, y en su lugar confirma parcialmente la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 11/10/2010. Muy similar es el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 351/2011, de 21 de junio, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 10/2/2011.

Similar es también el caso de La SAPZ, Secc. 2ª, 246/2012, de 9 de mayo, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 5/12/2011, salvo en lo relativo a la contribución a los gastos extraordinarios, de modo que se confirma la custodia compartida por semestres alternos establecida por el Juzgado con modificación de la individual a favor de la madre existente con anterioridad, todo ello con base en el informe psicosocial y en la exploración de la menor de 8 años de edad en la actualidad.

103. SAPZ, Secc. 2ª, 16/2012, de 24 de enero, que confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 6/9/2011. Idéntica fórmula empleó la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 31/3/2011, íntegramente confirmada por la STSJA 22/2012, de 6 de junio.

Muy similares son los casos de las Ss. APZ, 604/2011, de 29 de noviembre, que confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 5/4/2011, 153/2012, de 20 de marzo, que confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 4/10/2011 y 409/2012, de 10 de julio, que confirma la del LPI núm. 6 de Zaragoza de 12/12/2011.

104. En el caso de SAPZ, Secc. 2ª, 345/2012, de 19 de junio, que confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 7/12/2011, el Juzgado establece que "el progenitor a quien no corresponda la guarda podrá tener a la hija dos tardes entre semana desde la hora de salida del colegio hasta las 21:30 horas"; pero la Audiencia, atendiendo a la solicitud de la menor, de casi 12 años de edad, manifestada en la exploración habida en la segunda instancia, de establecer pernoctas intersemanales, amplía las visitas de los Martes y Jueves, que serán desde la salida del colegio hasta la entrada del día siguiente.

## IX.- RELACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA CON OTRAS MEDIDAS DEFINITIVAS.

### 1. Con el régimen de visitas.

En los ejemplos de distribución de los periodos de convivencia de los hijos con cada uno de los padres ya hemos reflejado también lo relativo al régimen de visitas con el progenitor no custodio. Faltan las visitas intersemanales en los repartos por días de la semana o incluso por semanas, el fin de semana alterno falta en los repartos por semanas, las vacaciones pueden estar incluidas o no en los periodos de convivencia largos. En lo demás, el régimen de visitas funciona igual que en las custodias individuales.

Regirá en primer lugar el acuerdo que alcancen los progenitores entre ellos y con los hijos y, a falta de pacto, suele establecerse un régimen mínimo, aunque la falta de un régimen de visitas concreto a seguir cuando no haya acuerdo no infringe los arts. 59.c) y 60 CDFa (STSJA 32/2012, de 16 de octubre)<sup>105</sup>.

Las sentencias suelen establecer el régimen de visitas con carácter de mínimo y obligatorio, si bien indican que ha de ejercerse con flexibilidad, teniendo en cuenta las limitaciones lógicas de escolaridad y las actividades de los hijos, así como su opinión cuando por su edad puedan manifestarla conscientemente, pero procurando que el régimen de visitas no quede a la exclusiva voluntad de los hijos. La elevada edad de los menores hace que el régimen de visitas dependa en mayor medida de su voluntad<sup>106</sup>.

Las visitas de fines de semana alternos tienen sentido en periodos de convivencia por meses o de mayor duración, no en los periodos más cortos, y pueden extenderse en ocasiones hasta el lunes por la mañana<sup>107</sup>. Entre semana, salvo en los periodos de alternancia muy cortos, es habitual pasar una o dos tardes con el

105. En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 219/2012, de 25 de abril, confirmada por la del TSJA 32/2012, de 16 de octubre, se estableció, sin régimen mínimo supletorio, que el régimen de visitas del padre con sus hijas de 15 años de edad (gemelas) sería el que libremente decidieran de común acuerdo entre ellos. El TSJA indica que la sentencia recurrida no infringe en modo alguno los arts. 59.c) y 60 CDFa, *porque no prohíbe la posibilidad de relación entre padres e hijas. Simplemente constata la dificultad de imponer un régimen concreto en contra de la voluntad de unas menores que cuentan quince años de edad en este momento (son gemelas) y que venían desarrollando un sistema de visitas que se sustentaba ya en el deseo de las menores de ir con su padre cuando quisieran. En definitiva, padre e hijas deben decidir conjuntamente un régimen de visitas que permita mantener la necesaria relación personal, sin que deba imponerse en este caso un sistema rígido que no conduciría más que a distanciar y dificultar más la ya tensa relación que existe entre ellos.*

106. La citada SAPZ, Secc. 2ª, 219/2012, de 25 de abril, confirma en este extremo la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 15/9/2011, que mantiene la guarda y custodia de las dos hijas de 15 años de edad (gemelas) a favor de la madre y modifica el régimen de visitas del padre que "será el que libremente decidan de común acuerdo entre ellos". Dice la sentencia que "la edad de las hijas y su opinión gozan de prevalencia en nuestro sistema legal (art. 80.2.c) y acordar en contra equivaldría a instaurar medidas ineficaces en la práctica".

107. Martínez de Aguirre (2011, pp. 148-149) ha puesto de manifiesto que, cuando la distribución de la convivencia se hace en periodos largos (años, cursos escolares, semestres, e incluso trimestres), "podría ser oportuno establecer un régimen de visitas intermedias, recíprocas y atenuadas, a favor del progenitor que en cada momento no está ejerciendo la guarda y custodia: visitas intermedias, porque se establecen para los periodos en los que no tienen al menor en su compañía; recíprocas, porque deberían establecerse a favor de ambos progenitores; y atenuadas, porque no tienen por qué responder a los parámetros de fijación de visitas habituales hasta ahora, ya que el mantenimiento de esa relación regular entre padres e hijos está garantizado primordialmente por la custodia compartida, de manera que la función de estas visitas intermedias es permitir el mantenimiento de la relación, evitando una total pérdida de contacto durante esos periodos largos.

padre no custodio, en ocasiones con pernocta incluida<sup>108</sup>. El progenitor no custodio se encargará de llevar a cabo la recogida y entrega de los hijos en el domicilio del progenitor custodio.

Es habitual unir al fin de semana los puentes festivos y los “puentes escolares”: “caso de poder unirse al fin de semana un puente festivo, el fin de semana se extenderá desde la salida del colegio del día de inicio del puente o, en su caso, hasta las 20 horas del día de su finalización (para ambos progenitores)”.

A veces se especifica que durante el curso escolar las festividades entre semana, salvo las que se puedan unir al fin de semana y cuyo régimen ha quedado expuesto, se repartirán alternativamente entre el padre y la madre. Si fueran de más de un día, se dividirán por mitad. Se iniciarán a la salida del colegio del día previo al festivo.

Las vacaciones escolares de verano y Navidad se dividen por mitad, las de verano bien por meses o por quincenas; las de Semana Santa y Fiestas del Pilar en ocasiones se dividen por mitad y en ocasiones las pasan por entero unas con un padre y otras con el otro<sup>109</sup>. Todos los periodos vacacionales interrumpen la alternancia de fines de semana y el régimen de visitas en su conjunto. Tras su finalización, se reanudan conforme al orden establecido.

El sistema bimestral de custodia compartida implica que los hijos estén con un progenitor en las fiestas del Pilar y con el otro en Semana Santa. Y al año siguiente se cambian los papeles, lo que también sucede en Navidades. Por tanto, no se hace precisa una regulación especial en estos periodos: salvo pacto en contrario, seguirán el turno que corresponda según la custodia. No obstante, el cambio de vacaciones de Navidad suele anticiparse a las 20 horas del día 30 de diciembre<sup>110</sup>.

El régimen de visitas con el progenitor no custodio sirve también como régimen de relación de los hijos con sus hermanos mayores de edad, abuelos y otros parientes y personas allegadas por parte de ese progenitor.

En cuanto al régimen mínimo de comunicaciones telefónicas con los hijos a favor del padre no custodio (o en periodos en que no tiene la custodia), del texto del art. 79.2.a) *no se deriva la necesidad de que el juzgador determine el modo y frecuencia con la que han de verificarse las llamadas*. Sin perjuicio de que, si se acreditara la obstaculización de las comunicaciones telefónicas por el progenitor custodio, pueda el otro padre recabar del Juzgador las medidas oportunas (STSJA 26/2012, de 13 de julio).

---

108. En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 341/2012, de 19 de junio, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 26/1/2012, se establece un sistema de visitas consistente en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo, dos días a la semana, uno de los cuales podría extenderse desde la salida del colegio hasta el día siguiente a la entrada del mismo y mitad de las vacaciones escolares.

109. La S. del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Zaragoza de 7 de mayo de 2012 *considera más conveniente para el menor esta forma de distribución ya que las vacaciones del Pilar varían de un año a otro y son muy escasas, y las vacaciones de Semana Santa también van variando de año en año, y debido a su corta duración es preferible que el menor las pase íntegramente con uno u otro progenitor*.

110. SJPI núm. 5 de Zaragoza de 10 julio 2012.

## 2. Con el destino de la vivienda familiar<sup>111</sup>.

En los casos de custodia compartida lo más frecuente es que el uso del domicilio familiar se atribuya a la madre, por ser el progenitor que por razones objetivas suele tener más dificultad de acceso a una vivienda (art. 81.1). Al padre sólo se atribuye en un caso, al ser propietario de ella y tener la madre otra<sup>112</sup>. En tales supuestos son los hijos los que se desplazan de la vivienda familiar a la del padre (o madre, en su caso) cuando conviven con él.

En cumplimiento del art. 81.3 las sentencias, tanto de custodia compartida como de custodia individual, imponen una limitación temporal (1, 3, 5, 6, 8 o 10 años) teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia<sup>113</sup> y, en alguna ocasión, al finalizar este plazo ordenan que la vivienda familiar se ponga a la venta<sup>114</sup>. Lo normal es que al finalizar el periodo de uso establecido no haya posibilidad de prórroga y queden las partes en libertad para decidir sobre el destino de la vivienda familiar<sup>115</sup>.

Sobre la necesaria limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, dice la STSJA 26/2012, de 13 de julio, que *el legislador aragonés no ha querido dejar en la indeterminación la necesaria liquidación de los intereses económicos o patrimoniales de los progenitores, ya que no en todos los casos existen razones atendibles para un uso de larga duración, y menos para acordar un uso ilimitado, pues la subsistencia de vínculos de tal naturaleza constituye de ordinario*

111. Como trabajo específico para Aragón sobre este tema, *vid.* BALDA MEDARDE, María José: “La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 217-230.

112. SAPZ, Secc. 2ª, 682/2011, de 27 de diciembre.

113. Por ejemplo: STSJA 13/2012, de 9 de abril, Ss. APZ, Secc. 2ª, 7/2012, de 17 de enero, 33/2012, de 24 de enero, 94/2012, de 28 de febrero, 142/2012, de 20 de marzo, 171/2012, de 30 de marzo, 212/2012, de 20 de abril, 216/2012, de 25 de abril, 221/2012, de 25 de abril; 229/2012, de 25 de abril (con un largo fundamento de derecho 2º).

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 354/2012, de 19 de junio, junto a la custodia compartida, el Juzgado atribuye a la madre el uso y disfrute de la vivienda conyugal, junto con el mobiliario y ajuar doméstico de la misma. Hará frente a los gastos derivados del uso de la misma. Deberá abandonar la vivienda antes del 31 de diciembre de 2014. *Lo que se revela –dice la Audiencia– como lo más adecuado, teniendo en cuenta la asunción de gastos en su gran mayoría por el actor, la naturaleza privativa de la vivienda y la edad del menor (4 años).*

114. La SJPI núm. 6 de Zaragoza de 31/3/2011, confirmada en su integridad por la STSJA 22/2012, de 6 de junio, atribuye a la esposa el uso de la vivienda familiar, pero indica que “dicho uso lo es limitado a seis meses desde la fecha de esta sentencia al término de los cuales deberá quedar vacío y expedido y puesto a la venta”.

La SJI núm. 6 de Zaragoza de 4/10/2011, confirmada por la SAPZ, Secc. 2ª, de 7/2/2012 y por la del TSJA 26/2012, de 13 de julio, que desestima los recursos de casación presentados contra ella, en un caso de custodia individual a favor de la madre, acordó que *el uso [de la vivienda familiar] que se concede a la esposa e hijos lo es limitado a la fecha de la liquidación del consorcio y efectivo reparto de los bienes que lo integran y en todo caso se acuerda que transcurridos dos años desde la fecha de esta sentencia sin que se haya repartido el patrimonio consorcial en su caso, sea puesto el indicado bien a la venta de forma inmediata al cumplirse tal plazo.*

115. La SJPI núm. 16 de Zaragoza de 10/10/2011 atribuye a la madre y a la hija el uso de la vivienda y ajuar familiar, *dicho uso se limita temporalmente por tres años, a contar desde la fecha de la sentencia, transcurrido el cual cualquiera de las partes podrá instar demanda de modificación de medidas definitivas para evaluar, teniendo en cuenta las concretas circunstancias familiares concurrentes, la posibilidad de su prórroga, cambio o destino de la misma, y sin perjuicio de los acuerdos que sobre el particular adopten las partes antes del transcurso del referido plazo.* La SAPZ, Secc. 2ª, 430/2012, de 20 de julio, mantiene el plazo de tres años, pero eliminando la necesidad de promover a su finalización un nuevo proceso de modificación de medidas, quedando entonces las partes en libertad para decidir sobre el destino de la vivienda familiar.

*f fuente de conflictos, además de que puede lesionar el interés del otro si es propietario o copropietario de la vivienda*<sup>116</sup>. [...] Por ello, el art. 81.3 deja a la discrecionalidad del Juez la fijación del límite temporal [...]; esa fijación entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituyen materia reservada a la soberanía del Tribunal de instancia y, por consiguiente, no puede ser objeto de revisión en casación (STS 903/2005, de 21 noviembre y las allí citadas).

En tres casos, *al finalizar este plazo se ordena que la vivienda familiar se ponga a la venta* (a falta de acuerdo para la adjudicación a uno de los padres). El art. 81.4 no impone al Juzgador la obligación estricta de acordar la venta de la vivienda familiar solicitada por el apelante, en tanto en cuanto impone como limitación considerar si la misma resulta necesaria para unas adecuadas relaciones familiares<sup>117</sup>. *Podría plantearse la infracción no del 81.4 sino del 81.2 si el juzgador de instancia hubiera acordado la venta de la vivienda sin más. Pero acordar que se venda después de rebasado el límite temporal del uso no infringe el 81.4* (STSJA 26/2012, de 13 de julio).

Otra posibilidad es que la vivienda familiar, propiedad de un padre o común, sea utilizada por el menor y el progenitor que en cada periodo de convivencia tenga la custodia hasta que el menor alcance los 18 años, caso en el que los hijos residen de forma permanente en la vivienda familiar y son los padres los que se alternan en el uso de la misma cuando les toca convivir con ellos (dos casos)<sup>118</sup>. La alternancia de los padres en el uso de la vivienda familiar parece que no siempre puede imponerse obligatoriamente<sup>119</sup>.

116. En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 350/2012, de 19 de junio, se otorga al padre la custodia de la hija parapléjica de 16 años de edad y a ambos (padre e hija) el uso de la vivienda familiar adaptada a su minusvalía. Dice la Audiencia: *La minusvalía de la menor requirió la adaptación de dicha vivienda, pero no puede obligarse a las partes a permanecer indefinidamente en la indivisión, con el coste que ello supone para el progenitor no custodio. Consecuentemente procede mantener al padre e hija en el uso hasta que ésta cumpla los dieciocho años de edad, fecha a partir de la que los litigantes deberán alcanzar un acuerdo sobre su venta o adjudicación, en liquidación del bien común.*

117. SAPZ, Secc. 2ª, 210/2012, de 20 de abril, confirmada por la STSJA 38/2012, de 22 de noviembre.

118. SAPZ, Secc. 2ª, 605/2011, de 29 de noviembre, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 24/5/2011. En cuanto a la alternancia en el domicilio familiar dice la Sala que teniendo en cuenta el periodo de la misma (6 meses), la naturaleza privativa del mismo, así como la actual ausencia de conflictos y los ingresos de ambos progenitores, parece igualmente adecuada la alternancia domiciliaria de los progenitores en la vivienda familiar en beneficio de la menor, confirmando la sentencia en este apartado.

En la SAPZ, Secc. 2ª, 451/2012, de 6 de septiembre, el uso del domicilio familiar, junto con el ajuar doméstico y anejos, se atribuye por el Juzgado *al progenitor con el que estén los hijos cada trimestre de tal manera que los hijos siempre residirán en tal domicilio y serán los progenitores los que lo usarán el trimestre que les corresponda estar con sus hijos, manteniéndose esta alternancia y uso mientras esté vigente este sistema de custodia compartida. Todos los gastos de la propiedad del tipo IBI, carga hipotecaria, seguro y derramas extraordinarias que puedan existir en su caso, y si existen, se abonarán por las partes al 50% sin perjuicio de los reintegros que procedan en su caso. Los gastos ordinarios los abonará la parte que lo use.* La Audiencia, ante la petición del padre de que se le atribuya el uso del domicilio familiar, considera adecuada la utilización del domicilio familiar por los menores, tal como fija la sentencia apelada, *sin perjuicio de que en este apartado puedan los progenitores alcanzar algún tipo de acuerdo, si se considera que existen otras fórmulas más adecuadas en beneficio de sus hijos.*

119. En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 350/2012, de 19 de junio, el Juzgado decreta la custodia compartida de la hija parapléjica de 17 años de edad por dos meses alternos, permaneciendo la menor en el uso de la vivienda familiar adaptada a su minusvalía y localizada en Grisen, alternándose los progenitores en dicho uso. Pero la madre alega en la apelación que las relaciones son inexistentes entre ella y el padre desde el divorcio. Que vivió en el domicilio familiar con los hijos desde el divorcio, sumándose a la familia su actual pareja sentimental, que le resulta muy gravoso compartir con el actor la vivienda familiar y tenerla que abandonar cada dos meses, y que ha trasladado con su pareja su residencia a Zaragoza. Entiende la Audiencia que, vistas las posturas de las partes, *no puede obligarse a la madre a que viva periódicamente en Grisen, constandingo que ha estado en tratamiento psicológico desde el accidente de la hija.*



También en un caso, al ser las posibilidades económicas de ambos padres elevadas y disponer de medios para garantizar a sus hijos la vivienda adecuada en los periodos de custodia, no se atribuye en exclusiva a ninguno de los padres el uso de la vivienda familiar y se les deja en libertad para que decidan su destino, lo mismo que el de los restantes bienes comunes<sup>120</sup>.

### 3. Con la contribución a los gastos de asistencia de los hijos.

La contribución de los padres a los gastos de asistencia de los hijos a su cargo es proporcional a sus recursos (art. 82.1)<sup>121</sup>. El art. 82.2 remite a criterios de proporcionalidad en relación a las necesidades y recursos de progenitores e hijos<sup>122</sup>. El juicio de proporcionalidad requerido por los apartados 1 y 2 del art. 82 corresponde a los tribunales de instancia y no es susceptible de revisión casacional salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico e irracional (STSJA 32/2012, de 16 de octubre)<sup>123</sup>. Y el art. 82.3 contempla la posibilidad de fijar un pago periódico si es necesario.

En todo caso, en los casos de custodia compartida, cada padre se hace cargo de los gastos de manutención, dinero de bolsillo y alojamiento de sus hijos (comida, higiene personal, limpieza, lavandería y demás gastos de alojamiento, etc.) cuando éstos se encuentren en su compañía, aunque sean pagados con posterioridad al momento del nacimiento de la obligación de abono<sup>124</sup>. Si el tiempo de convivencia con cada padre no es idéntico, puede establecerse una cantidad mensual, salvo en los meses de vacaciones, a modo de compensación por el mayor número de días que un padre tiene en su compañía al hijo<sup>125</sup>. Cantidad que

120. SAPZ, Secc. 2ª, 341/2012, de 19 de junio, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 26/1/2012.

121. *En cuanto a la contribución a los gastos ordinarios de asistencia y extraordinarios debe estarse al criterio de proporcionalidad que indica el art. 82 CDFA, existiendo una diferencia de ingresos entre ambos progenitores sobre los 1000 euros a favor del padre. Ello permite establecer una contribución proporcional para los gastos diarios de asistencia como fija la sentencia apelada de 200 euros y 110 respectivamente, proporción que también deberá fijarse para la contribución a los gastos extraordinarios en idéntica o aproximada proporción que será de 65% y 35% respectivamente, único punto en que se revoca la sentencia apelada* (SAPZ, Secc. 2ª, 246/2012, de 9 de mayo).

122. *La controversia acerca del quantum de la contribución a los alimentos de sus hijos debe ser examinada de conformidad con lo dispuesto por el art. 82 CDFA y 145 y 146 del Cc., que consagran el criterio de equidistancia entre las necesidades del acreedor del derecho y los medios económicos del alimentante, con distribución de dicha carga, cuando son dos o más los obligados, en proporción a su caudal respectivo* (SAPZ, Secc. 2ª, 464/2012, de 18 de septiembre).

123. Esta sentencia precisa que *no cabe entrar a valorar nuevamente los hechos para fijar una cantidad distinta a la señalada en la sentencia de instancia, porque de aceptarse esta posibilidad se llegaría a crear una tercera instancia revisora del importe de las pensiones, lo que es absolutamente ajeno a la naturaleza de este recurso*. En este sentido recuerda la doctrina del TS sobre el juicio de proporcionalidad del art. 146 Cc., y añade que esta Sala ha considerado aplicable este mismo criterio respecto al juicio de proporcionalidad de los arts. 82.1 y 82.2 CDFA en las Ss. TSJA 20 abril 2012 y 11 enero 2012.

Por otra parte, reconoce que es cierto, como alega el recurrente, que la alusión en la sentencia [impugnada] a la irrelevancia de la situación económica de la madre en la fijación de los gastos de asistencia de las hijas no se adecua a lo dispuesto en el art. 82 del CDFA. Ahora bien, pese a esta mención incorrecta, lo cierto es que la resolución de la Audiencia tiene en cuenta en realidad los ingresos de la madre y su contribución efectiva a los gastos de asistencia a las hijas, por ser la progenitora bajo cuya custodia se hallan, concluyendo finalmente que procedía una reducción de la pensión alimenticia de 850 a 550 euros.

124. Ss. TSJA 13/2912, de 9 de abril, APZ, Secc. 2ª, 682/2011, de 27 de diciembre, 16/2012, de 24 de enero, 66/2012, de 14 de febrero, y 171/2012, de 30 de marzo.

125. En relación a los gastos de manutención básica del menor, dice la SAPH, Secc. 1ª, 159/2012, de 27 de julio, que

siempre será de un importe menor que el de la pensión de alimentos a los hijos que se pagaba durante la custodia individual<sup>126</sup>.

Además, si la capacidad económica de uno y otro padre es distinta, el nivel de vida de los hijos puede equilibrarse por medio de una pensión de alimentos. Es una pensión a abonar por el padre con mayor capacidad económica, normalmente sólo en los periodos de convivencia de los hijos con el otro progenitor<sup>127</sup>; en algún caso la pensión alimenticia a favor de los hijos tiene un importe cuando viven con un progenitor y otro menor cuando viven con el padre obligado a pagarla al otro<sup>128</sup>. Así que cuando uno de los padres tiene mayor capacidad económica que el otro y esta diferencia no se ha equilibrado con la aportación a la cuenta común acordada para cada uno, puede ser necesario establecer en compensación una pensión de alimentos a los hijos<sup>129</sup>. Pero lo más frecuente es que no se impongan prestaciones económicas a cargo de ningún progenitor, bien porque la capacidad económica de ambos padres es similar, bien porque la diferencia existente ya se entiende compensada con una aportación distinta a la cuenta común<sup>130</sup>.

En cuanto al resto de los gastos ordinarios distintos de los de manutención y alojamiento (ropa consensuada, ocio consensuado, matrículas, libros de texto,

---

*no parecería justo que nos limitásemos a acordar que sean satisfechos por el progenitor que en cada momento tenga a aquél en su compañía, pues ya hemos dicho que en los períodos no vacacionales la madre estará con el menor más días que el padre (en concreto uno más cada semana, ya que 8 de cada 14 frente a 6 de cada 14 supone 4 de cada 7 frente a 3 de cada 7). En tales circunstancias, procede determinar a modo de compensación, y siempre sobre la base de que los referidos gastos de manutención correrán a cargo del progenitor con quien el menor esté en cada momento, que el esposo satisfará a la esposa una cantidad mensual, que no debe coincidir necesariamente con el importe de la pensión alimenticia establecida en el convenio regulador, conforme al cual el padre no podía pernoctar con el menor más allá de los viernes y sábados de fines de semana alternos, por lo que la Sala fijará prudencialmente dicha cantidad en cien euros mensuales, con las mismas previsiones en cuanto a su actualización ya contenidas en la Sentencia cuya modificación se solicita, bien que la primera de dichas actualizaciones habrá de ser, obviamente, el próximo día 1 de enero. Dicha cantidad, en cualquier caso, no deberá ser abonada durante los meses de julio y agosto, durante los cuales se desarrollarán las vacaciones estivales del menor.*

126. En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 352/2012, de 19 de junio, el padre recurrente solicita novedosamente en la apelación que, de manera subsidiaria, para el caso de que no se concediese el régimen de guarda y custodia compartida, se disminuya la pensión de alimentos a su cargo, dado el empeoramiento de las circunstancias que ha sufrido. Dice la Audiencia que *no pueden ser objeto de decisión en la alzada cuestiones que, como la planteada sobre la reducción de la pensión por alimentos de la hija, no han sido introducidas en el debate litigioso en demanda, contestación y reconvención en su caso (art. 412 Lec., perfectamente trasladable al caso de un juicio verbal como el previsto en los arts. 753 y 770 Lec., en el que se establece la especialidad de una contestación a la demanda previa a la vista del juicio, en los términos previstos en el art. 405 Lec.)*.

127. Ss. APZ, Secc. 2ª, 605/2011, de 29 de noviembre, 7/2012, de 17 de enero; 33/2012, de 24 de enero; 345/2012, de 19 de junio.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 278/2012, de 22 de mayo, la sentencia del Juzgado ha establecido que “continuará vigente la estipulación quinta del convenio de divorcio (pensión de alimentos). No obstante, el padre dejará de abonar la pensión alimenticia en los meses en que los hijos estén bajo su custodia”, razón por la que la Audiencia afirma que “tras el establecimiento del sistema de guarda compartida solo recibirá pensión cuando los hijos permanezcan con ella y los alimentará sin percibir pensión en los periodos de visitas y vacacionales que le corresponden”.

128. En concepto de pensión alimenticia a favor del hijo, en los meses en que éste esté bajo la guarda y custodia de su madre, el padre deberá pagarle mensualmente la cantidad de 1000 euros mensuales, que es la cantidad pactada en el convenio regulador, y 250 euros en aquellos que la guarda y custodia le corresponda a él (SAPZ, Secc. 2ª, 442/2012, de 23 de julio).

129. En la SAPZ, Secc. 2ª, 444/2012, de 23 de julio, el padre aporta a la cuenta común 180 euros y la madre 100. Además, en los meses de custodia de la madre, el padre abona una pensión de 100 euros.

130. Las Ss. TSJA 13/2011, de 15 de diciembre, y APZ, Secc. 2ª, 368/2011, de 28 de junio, lo dicen expresamente. *No se fija pensión de alimentos para la hija dado que cada progenitor atenderá a sus gastos de manutención, alojamiento, de bolsillo, etc., durante el período que le corresponda (STSJA 17/2012, de 18 de abril)*.

material escolar, uniformes, comedor, excursiones, clases de apoyo si hay consenso y, en general, aquellos otros en los que exista acuerdo, aunque sean extraordinarios) suele establecerse que los padres abrirán una cuenta bancaria a nombre de los dos, a veces también de los hijos, en la que domiciliarán tales gastos<sup>131</sup>. La aportación de cada uno a la cuenta común puede ser igual o desigual, según su respectiva capacidad económica<sup>132</sup>; la aportación puede ser periódica, normalmente por meses, o con el deber de reponer la cantidad inicial cuando el saldo de la cuenta sea inferior a cierta cantidad, normalmente 50 euros<sup>133</sup>.

En relación a la cuenta común hay que tener presente que el art. 82.3 CDFa faculta al Juez para fijar un pago periódico entre los padres solamente si es necesario<sup>134</sup>. Por lo que también puede señalarse sin más que los gastos ordinarios distintos de los de manutención y alojamiento se abonarán por los padres por mitad o en la proporción que corresponda a su respectiva capacidad económica, acordando entre ellos la forma de compensación o abono<sup>135</sup>. Los gastos de cuidadores que cada parte contrate durante su periodo de custodia son a cargo de la parte que los contrate en cada caso<sup>136</sup>.

Por tanto, si los recursos de los padres son similares, la contribución a los gastos ordinarios de los hijos distintos de los de manutención y alojamiento es por

131. La SAPZ, Secc. 2ª, 216/2012, de 25 de abril, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 30/11/2011 que dice que la cuenta bancaria será de titularidad conjunta "y disponibilidad mancomunada". Lo normal es que la disponibilidad sea indistinta o solidaria.

132. Por ejemplo: Ss. APZ, Secc. 2ª, 682/2011, de 27 de diciembre, 16/2012, de 24 de enero, 33/2012, de 24 de enero, 54/2012, de 7 de febrero, 66/2012, de 14 de febrero, 94/2012, de 28 de febrero, y 171/2012, de 30 de marzo.

133. Ejemplo: En la SJPI núm. 5 de Zaragoza de 17/1/2012, ratificada por la SAPZ, Secc. 2ª, 354/2012, de 19 de junio, se establece: *Se abrirá un cuenta común antes del próximo 31 de enero. Se cargarán en la misma los siguientes gastos de David (libros, material escolar, uniformes, comedor, excursiones, actividades del colegio, cuotas del centro escolar, clases de apoyo si los resultados académicos lo exigen, transporte escolar), gastos de ropa en general, así como gastos extraordinarios y otros en los que exista acuerdo. Inicialmente aportará el padre 300 euros y la madre 75 euros. Cuando el saldo sea inferior a 50 euros se repondrá en los anteriores importes. Además, en los meses en que David esté bajo la custodia de la madre, el padre abonará una pensión mensual de 250 euros. Este importe se hará efectivo en los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta designada por la madre. Se actualizará automáticamente cada mes de enero según la variación que haya experimentado el IPC nacional en el año natural anterior. Se hará frente a gastos extraordinarios necesarios con el saldo de la cuenta conjunta.*

134. En la SAH, Secc. 1ª, 154/2012, de 26 de julio, la Sala se inclina por *acoger el recurso en cuanto solicita que se deje sin efecto la medida de apertura de cuenta bancaria por parte de los padres con aportación a dicha cuenta de cantidades mensuales, ya que, con independencia de que la contribución a dicha cuenta habría de ser igualitaria conforme a lo que ya hemos argumentado, no apreciamos una situación especial de riesgo que haga precisa dicha contribución obligatoria de cara a la satisfacción de las necesidades de la menor.*

135. STSJA 13/2012, de 9 de abril. La STSJA 17/2012, de 18 de abril, dice que *los gastos ordinarios (gastos de colegio, comedor, APAs, gastos por actividades de la hija, libros, material escolar, excursiones, actividades deportivas, campamentos, ropa y equipación, etc., y en general los gastos ordinarios derivados de la educación del hijo) deben ser satisfechos por ambos progenitores proporcionalmente a sus recursos económicos (art. 82.1 CDFa).*

La SAPH, Secc. 1ª, 159/2012, de 27 de julio, tratando de asegurar una contribución a los gastos ordinarios distintos de los de manutención y alojamiento, en especial los de escolarización, que resulte proporcional a los respectivos recursos patrimoniales de los progenitores (art. 82.2 CDFa), acuerda prudencialmente que dichos gastos sean satisfechos por el esposo en dos tercios y por la esposa en el tercio restante.

136. SJPI núm. 6 de Zaragoza de 31/3/2011, confirmada íntegramente por la STSJA 22/2012, de 6 de junio.

mitad, en otro caso la contribución es desigual<sup>137</sup>. Para hacer efectiva la contribución a estos gastos no es imperativa la apertura de una cuenta común.

La contribución a los gastos extraordinarios necesarios de los hijos es también, salvo pacto en contrario<sup>138</sup>, proporcional a los recursos económicos de cada padre (art. 82.4), por tanto, puede ser igual o desigual<sup>139</sup>. Se entenderán por tales, los gastos médicos o farmacéuticos necesarios no comprendidos en la Seguridad Social o en seguro alguno (prótesis, intervenciones quirúrgicas, tratamientos médicos y farmacológicos, etc.) o, en general, los gastos no habituales e imprevisibles referentes a la educación, actividades festivas, o derivados de motivos similares, que sean necesarios o se estimen convenientes por ambos padres<sup>140</sup>. A falta de conformidad, deberá recabarse el previo consentimiento del otro para efectuarlos justificándole suficientemente la necesidad del gasto y su coste. En último término, requieren autorización judicial, a excepción de los urgentes e inaplazables<sup>141</sup>. En todo caso, no se admitirá la reclamación dineraria entre progenitores de ningún gasto extraordinario del tipo que sea que no haya sido consensuado previamente de forma fehaciente entre las partes o, a falta de acuerdo, haya sido aprobada su procedencia judicialmente, salvo que se trate de gastos médicos urgentes e inaplazables no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico<sup>142</sup>.

Los gastos extraordinarios no necesarios, tales como actividades extraescolares, clases de refuerzo, música, deporte, idiomas, viajes o actividades de verano relacionadas con su educación o formación como colonias o campamentos de verano y otras actividades recreativas vacacionales, se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto (art. 82.2, segunda

137. En el caso de la SAPH, Secc. 1ª, 154/2012, de 26 de julio, el Juez fija una contribución desigual a la cuenta común (200 euros el padre y 300 la madre) y a los gastos extraordinarios necesarios (40% el padre y 60% la madre). Pero analizadas las circunstancias económicas concurrentes en el padre, la Audiencia se inclina por fijar, como interesa la madre, una contribución igualitaria a los gastos de la menor.

138. La SAPZ, Secc. 2ª, 442/2012, de 23 de julio, mantiene el criterio de la proporcionalidad para los gastos ordinarios, estableciendo una pensión de alimentos a los hijos a cargo del padre que más recursos tiene, pero en cuanto a los gastos extraordinarios, ambas partes están conformes en que su abono tenga lugar por partes iguales, por lo que así quedará reflejado en la parte dispositiva.

139. Ss. TSJA 17/2012, de 18 de abril, APZ, Secc. 2ª, 7/2012, de 17 de enero, 94/2012, de 28 de febrero, 66/2012, de 14 de febrero, y 171/2012, de 30 de marzo.

La STSJA 15/2012, de 12 de abril, casa y anula la SAPZ, Secc. 2ª, 414/2011, de 12 de julio, en el pronunciamiento relativo al abono de los gastos extraordinarios necesarios. En su lugar, acuerda que el padre abonará el 75% y la madre el 25% de los mismos. La sentencia recurrida dispone una contribución mensual de 300 euros el padre y 100 la madre en relación con los gastos ordinarios de los menores (a excepción de los de alimentación). Sin embargo, la sentencia prevé que los gastos extraordinarios necesarios se abonarán por mitad entre ambos. Dice el TSJA que *ninguna razón hay, y desde luego no se expresa en la sentencia, para apartarse en este punto de la proporción establecida para los gastos ordinarios, con lo que se infringe la norma del art. 82.4 citada.*

140. La SAPZ, Secc. 2ª, 464/2012, de 18 de septiembre, con cita de la STS 26/10/2011, dice que *si ambos progenitores habían acordado con anterioridad a la separación/divorcio que determinados gastos formaban parte de la formación integral de sus hijos, los mismos han de merecer esa consideración [de gastos ordinarios] cuando, como en el caso sucede, el nivel económico existente antes de ese momento no haya registrado una alteración sustancial.*

141. Ss. TSJA 13/2012, de 9 de abril, y APZ, Secc. 2ª, 54/2012, de 7 de febrero.

142. SAPZ, Secc. 2ª, 7/2012, de 17 de enero.

parte)<sup>143</sup>. Los gastos extraordinarios no necesarios son, en principio, aquellos imprevistos que quedan fuera de los gastos que de ordinario conlleva la crianza de la prole, cuya variedad es tal que hace imposible su exacta determinación anticipada, aunque ciertamente no incluyen los de colegio o cuidado diario de los hijos menores de edad<sup>144</sup>.

En la SAPZ, Secc. 2ª, 410/2012, de 10 de julio, se dice que *la materia de alimentos goza de la naturaleza de "ius cogens", apreciable de oficio por el Juzgador, no requiriendo su postulación la formulación de reconvencción.*

#### 4. Con la asignación compensatoria.

No es frecuente en los casos de custodia compartida que haya asignación compensatoria por desequilibrio económico<sup>145</sup>. De los 47 casos de custodia compartida consultados, sólo en dos de ellos la hay y en los dos es de naturaleza temporal<sup>146</sup>.

El problema de la interpretación del art. 83, en particular en lo relativo al inciso que requiere que el desequilibrio económico producido a un progenitor por la ruptura de la convivencia, en relación con la posición del otro, implique un empeoramiento en su *situación anterior a la convivencia*, se aborda por la STS-JA 15/2011, de 30 de diciembre (reproducida por las 14/2012, de 11 de abril y 26/2012, de 13 de julio). En ella se dice que *la asignación compensatoria prevista en el art. 9 de la Ley aragonesa 2/2010 (artículo 83 CDFA) no tiene, en lo sustancial, una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el artículo 97 del Código civil a la pensión compensatoria, salvo que esta última viene encuadrada entre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio del matrimonio, en tanto que la asignación aragonesa se aplicará, si se dan los requisitos para ello, en los casos de ruptura de cualquier tipo de convivencia de los padres.*

Como prevé el Preámbulo, *se trata de compensar la desigualdad que a uno de los padres pueda producir la ruptura de la convivencia, para lo que se han de tener en cuenta, a los efectos de determinar la cuantía y naturaleza temporal o indefinida de la asignación,*

143. Ss. TSJA 17/2012, de 18 de abril, 13/2012, de 9 de abril, APZ, Secc. 2ª, 66/2012, de 14 de febrero.

La SAPZ, Secc. 2ª, 226/2012, de 13 de julio, señala que *es cierto que tanto la Constitución, como el Código civil, como la normativa foral en la materia, hacen referencia al cuidado y educación del hijo. Pero nada dicen taxativamente de sufragar los gastos de escuelas privadas a medias y menos cuando parece acreditado la imposibilidad económica del padre para ello.* Si la madre titular de la custodia individual adoptó la decisión de escolarizar a la hija en un colegio privado ya que contaba y cuenta con medios económicos para hacerlo, ella debe correr con este gasto al haber decidido su realización sin acuerdo del padre.

144. Ss. APZ, Secc. 2ª, 368/2011, de 28 de junio y 16/2012, de 24 de enero.

La SAPZ, Secc. 2ª, 216/2012, de 25 de abril, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 30/11/2011 que incluye entre los gastos extraordinarios no necesarios los de matrícula de bachillerato y de Universidad, en su caso.

145. La SAPZ, Secc. 2ª, 354/2012, de 19 de junio, que ratifica la custodia compartida fijada por el Juzgado, en cuanto a la asignación compensatoria que solicita la madre apelante, dice que *en el presente supuesto es de destacar la duración de la convivencia (no llega a 5 años), la existencia de patrimonio mobiliario de la solicitante, así como la asunción de cargas relevantes por el demandante y el uso limitado hasta diciembre del 2014 del domicilio familiar a favor de la demandada, por lo que no se dan los presupuestos básicos para la fijación de la pensión o asignación compensatoria solicitada.*

146. En la SAPZ, Secc. 2ª, 605/2011, de 29 de noviembre, se fija una asignación compensatoria que se extinguirá en diciembre de 2013, y en la SAPZ, Secc. 2ª, 7/2012, de 17 de enero, se establece como pensión compensatoria la cantidad de 150 euros mensuales durante 4 años.



los criterios señalados en el apartado 2 del mismo artículo. Y estos criterios, a salvo de los dos primeros más genéricos, se refieren a situaciones que tienen que ver con el tiempo de convivencia (edad de los hijos, atribución del uso de la vivienda familiar, funciones familiares desempeñadas por los padres y duración de la convivencia) y no con situaciones anteriores a la misma.

Por ello no es correcta la interpretación del recurrente de que la norma aragonesa resulta diferente de la contenida en el artículo 97 del Código civil, en el sentido de que aquélla exija, para señalar la asignación compensatoria, un empeoramiento respecto a la situación anterior a la convivencia pues, como se ha dicho, se trata de compensar la desigualdad por razón de la ruptura de la convivencia en relación, fundamentalmente, con la situación en la misma, de la misma forma que en el Código civil al referirse al empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

Las Ss.TSJA 15/2011, de 30 de diciembre y 2/2012, de 11 de enero, han precisado también que la posible naturaleza “indefinida” de la asignación compensatoria no es sinónimo de “vitalicia”.

#### **X.- LA CUSTODIA INDIVIDUAL COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL DE PREFERENCIA LEGAL POR LA CUSTODIA COMPARTIDA.**

No cabe duda de que, como dice la STSJA 13/2011, de 15 de diciembre, el legislador aragonés, en defecto de pacto de relaciones familiares, ha establecido como preferente el sistema de custodia compartida, pues así lo expresa literalmente el art. 80.2 CDFa, que sobre tal declaración no precisa más interpretación. La Ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con la custodia compartida. Lo que exige mayor cuidado es determinar en qué casos y con qué justificación puede el juez, apartándose del criterio preferente, adoptar la custodia individual.

Así que, como concluye la STSJA 24/2012, de 5 de julio, *aunque el sistema establecido parte de la elección del sistema de custodia compartida como preferente, ello no es óbice para excluir tal predeterminación siempre y cuando, conforme a los propios criterios previstos en la norma, deba considerarse en un caso concreto que la custodia atribuida a un solo progenitor sea la mejor para el interés del menor. Encuadrada así la cuestión, la adopción de la custodia individual requiere la práctica de la necesaria prueba y su detenida valoración, puesto que sólo en caso de que esté claramente acreditado que la prevalencia del interés general del menor se satisface mejor con la custodia individual que con la prevalente de la custodia compartida, es cuando podrá ordenarse judicialmente la inaplicación de la norma general de preferencia en el supuesto concreto. Y aclara más adelante que el juzgador de instancia para acordar el establecimiento o mantenimiento de una custodia individual de conformidad a la normativa legal de aplicación debe: primero, asegurar la práctica de las pruebas necesarias para llegar a conocer con la mayor exactitud posible lo más beneficioso para los menores y valorar las practicadas; y, segundo, acordar, en consecuencia con ellas, la excepción a la regla general de la custodia compartida y establecer la individual<sup>147</sup>.*

147. En la SAPZ, Secc. 2ª, 409/2012, de 10 de julio, se dice que, siendo la custodia compartida el régimen preferente y determinado por el legislador, el recurso de la demandada debe ser desestimado, al no haberse demostrado que la custodia individual, evaluados los factores del art. 80.2 CDFa, sea la medida que se revele más adecuada para preservar el superior interés de las menores, desigño al que debe ajustarse toda decisión, resolución o medida que afecte a las mismas (art. 76 CDFa).

## 1. Requiere practicar las pruebas necesarias para conocer qué es lo más beneficioso para el menor.

La STSJA 13/2011, de 15 de diciembre, dice que, *como resulta de nuestros textos procesales (art. 751 Lec.) y ha resaltado con frecuencia la jurisprudencia, el principio dispositivo que rige nuestro proceso civil queda atenuado en los procedimientos de familia en general, y de forma especial en los que se dilucidan cuestiones relativas a los menores, razón por la que se requiere específicamente la presencia y la intervención del Ministerio Fiscal (art. 749.2 Lec.), pero tal atenuación no se dirige únicamente a propiciar la intervención de oficio de los tribunales sino a que a éstos les sean presentadas las pruebas en todo momento y por cualquiera de las partes y por el Ministerio Fiscal (art. 752.1 Lec.).*

*Los tribunales, atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso, podrán acordar lo que estimen más oportuno en orden al mejor conocimiento de tales circunstancias [las del art. 80.2], debiendo interpretarse que si no lo hacen así es porque tienen los suficientes elementos de juicio para adoptar la resolución que corresponda (STSJA 13/2011, de 15 de diciembre).*

## 2. Valorar ponderadamente los informes periciales y las restantes pruebas practicadas.

El principio rector de la decisión judicial ha de ser el superior interés del menor, pero para apartarse de la preferencia legal por la custodia compartida ha de apoyarse en la valoración de los informes periciales y en las restantes pruebas aportadas al proceso.

Como dice la STSJA 24/2012, de 5 de julio, para la acreditación de las circunstancias concurrentes, *no ofrece duda que cobran especial relevancia los informes psicosociales emitidos, puesto que en ellos, previa constatación de las circunstancias de hecho concurrentes y necesaria exposición razonada del método y factores tenidos en cuenta se emite dictamen por expertos. Junto a ellos, resulta también de gran relevancia la opinión que tengan los hijos, captada por los medios de exploración de su voluntad acordes a su edad y situación, que permitan conocer realmente cuál es su preferencia real.*

Los informes técnicos no se incluyen entre los factores enumerados en el art. 80.2, sino que son objeto de regulación en el apartado siguiente, y recabarlos se configura como algo facultativo para el juzgador (STSJA 6/2012, de 9 de febrero)<sup>148</sup>, sin perjuicio de las posibilidades de petición de prueba de todas las partes, así como del Ministerio Fiscal (art. 752.1 Lec.) (STSJA 13/2011, de 15 de diciembre). En efecto, dispone el art. 80.3 que, *antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.*

Si el Juez los ha recabado, habrán de valorarse ponderadamente tales informes (STSJA 5/2012, de 8 de febrero) así como, en su caso, el resultado de la exploración judicial de los menores. Aunque ciertamente la cuestión no ha de resolver-

<sup>148</sup> En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 352/2012, de 19 de junio, la distancia que separa la residencia de ambos progenitores (Zaragoza-Málaga) hace innecesaria a juicio de la Sala la petición del informe de especialistas que el recurrente echa en falta para desestimar su petición de custodia compartida.

se como si se tratase de un concurso, en el que el padre mejor calificado obtenga como premio la custodia de los hijos (STSJA 4/2012, de 1 de febrero).

Los informes periciales de los técnicos, que suelen tener una importancia decisiva en muchos casos para la determinación del sistema de guarda y custodia a adoptar<sup>149</sup>, han de ser necesariamente valorados por los Tribunales, al igual que las demás pruebas, conforme al criterio de la sana crítica, fijado por el art. 348 Lec.<sup>150</sup>, y motivando la sentencia a tenor de lo prevenido en el art. 218.2 Lec.

Los Tribunales no están obligados a seguir la conclusión de los peritos, pudiendo apartarse de ella cuando ello esté justificado y se razone adecuadamente (Ss. TSJA 6/2012, de 9 de febrero, y 27/2012, de 24 de julio)<sup>151</sup>.

149. Algunas sentencias de Audiencias Provinciales, como las de la APZ, Secc. 2ª, 572, 573 y 574/2011, las tres de 15 de noviembre, 641/2011, de 12 de diciembre, 354/2012, de 19 de junio, o 417/2012, de 13 de julio, recalcan la singular importancia de los informes periciales. Suelen indicar que tanto el TSJA (Ss. 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre, 4/2012, de 1 de febrero) como el TS (Ss. 28/9/2009, 11/3, 1 y 8/10 de 2010, 7/4 y 21/7 de 2011) vienen a resaltar la importancia decisiva de los informes técnicos que el juez puede pedir en la apreciación de los elementos que le van a permitir adoptar el sistema de guarda y custodia. En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte cualquier medida sobre guarda y custodia o cualquier otra siempre en beneficio del menor.

150. La SAPZ, Secc. 2ª, 269/2011, de 10 de mayo, recuerda que, conforme al art. 348 Lec., la prueba de peritos es de libre apreciación, queriendo ello decir que el órgano judicial valorará el dictamen de peritos según los principios de la sana crítica, apreciando la prueba de acuerdo a las normas de la lógica elemental y las reglas comunes de la experiencia humana.

151. En el caso de la STSJA 6/2012 la psicóloga del Juzgado se inclina por la custodia individual a favor de la madre únicamente por la existencia del conflicto entre las partes y su mala relación, el Juez atiende al criterio de la perito y mantiene la custodia individual de la madre. Pero la Audiencia revoca la sentencia de primera instancia y otorga la custodia compartida porque en el presente supuesto la conflictividad proviene únicamente de aspectos sobre las vacaciones y forma de realización de las visitas u otros acontecimientos familiares, sin una entidad suficiente para desechar la custodia compartida. El TSJA dice que no asiste la razón a la parte cuando viene a aseverar que la custodia compartida no es la mejor forma de velar por el interés del menor si los informes técnicos no lo aconsejan. Estos informes, al igual que las demás pruebas, han de ser valorados por el Juzgador conforme a las reglas de la sana crítica, lo que cabalmente se ha hecho también en el caso y de lo que da cuenta la sentencia impugnada: [...]. Está pues, perfectamente justificado, y se razona adecuadamente, que el Juzgador de instancia se haya apartado del criterio de los peritos.

El caso de autos de la STSJA 27/2012 debe ser tratado –según dice la propia sentencia– como un caso límite. La prueba pericial practicada considera procedente la custodia compartida, aconsejando la psicóloga adscrita al juzgado que los menores compartan el tiempo de permanencia con cada progenitor de manera equitativa, en periodos semestrales alternos. Por otra parte, la prueba practicada en el acto del juicio, a la que el juez de primera instancia otorgó valor de pericial, estima necesario mantener la estabilidad emocional de los menores, relevante especialmente en casos de niños adoptados. Además la Audiencia ha llevado a cabo la exploración de la hija de 10 años, que manifestó que está bien con el sistema por el que actualmente se rigen las visitas con el padre. La opinión de la menor ha sido considerada especialmente por la Audiencia para confirmar la decisión del Juez de primera instancia de desestimar la petición de custodia compartida formulada por el padre. Entiende el TSJA que esta valoración de la prueba practicada se ajusta a lo establecido en el art. 80.2 CDFA, tiene en cuenta los factores referidos a las edades de los hijos y a la opinión expresada por la mayor de ellos, y la decisión está motivada con una argumentación razonable.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 234/2012, de 2 de mayo, que revoca la custodia compartida otorgada por la SJPI núm. 5 de Zaragoza de 19/12/2011, y, en su lugar, restablece el sistema de custodia individual a favor de la madre acordado en el convenio regulador aprobado por la sentencia de divorcio, la Sala aprecia importantes contradicciones en el informe psicológico practicado en el proceso en el que se sustenta la custodia compartida que otorga el Juzgador en su resolución, lo que le lleva a estimar que las conclusiones del informe adolecen de una exhaustiva consideración de las reales consecuencias del cambio de custodia, siempre en atención a lo estimado y valorado como más correcto para el bienestar del menor. En suma, la Sala entiende que la custodia compartida no se revela en este caso concreto como el régimen más adecuado y beneficioso para el correcto desarrollo del menor (casada por STSJA 39/2012, de 27 de noviembre).

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 423/2012, de 13 de julio, se revoca la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 21/11/2011, que había establecido la custodia compartida por semanas alternas, y se otorga a la madre. Pese a que el informe de la psicóloga aconseja la custodia compartida por semanas, la Audiencia estima que la corta edad de la niña, de 7 años, la expresión consciente de su opinión en la exploración judicial, su correcta adaptación familiar, social y educativa, y la cercanía de su residencia al Colegio al que asiste, hacen más conveniente que la niña permanezca bajo la custodia de la madre. Y añade: *Aconsejar una custodia compartida porque facilitaría una vía de diálogo que no existe ..., deja sin fundamento las conclusiones del informe pericial emitido en este proceso.*

SAPZ, Secc. 2ª, 444/2012, de 23 de julio: *El Juez, no obstante lo aconsejado en el informe pericial, determina un régimen de guarda*

Si el informe aportado por alguna de las partes contradice al emitido por el Gabinete Psicológico adscrito al Juzgado de Familia, dice la SAPZ 140/2011, de 8 de marzo, que se estará a este último por las garantías que le presta su independencia y objetividad<sup>152</sup>. Por otra parte, el informe de la psicóloga del juzgado, por su especialización, debe estimarse prevalente sobre el de la trabajadora social, que llega a la conclusión contraria (SAPZ, Secc. 2ª, 228/2012, de 25 abril).

El hecho de que en el informe psicosocial evacuado el día 11 de mayo de 2009 en el previo procedimiento de divorcio se hubiera desaconsejado por el psicólogo la custodia compartida, lo que motivó el rechazo de dicha pretensión en ambas instancias, no permite, sin más y, especialmente, sin práctica de nuevo estudio de la situación presente, considerarlo válido de modo esencial actualmente y con valor para fundamentar ahora el mantenimiento de la custodia individual a favor de la madre determinada en aquél procedimiento previo por no haber existido una variación sustancial de las circunstancias que justifique el cambio de custodia. *Y no sólo por el tiempo transcurrido desde que se hizo en 2009, sino, sobre todo y especialmente, porque en tal periodo de tiempo ha sido radicalmente modificada la legislación aplicable, al entrar en vigor la ley 2/2010, y, con ella, la preferencia del criterio de custodia compartida sobre la individual. Y, en su concreción, cambiaron también los factores a que necesariamente debe estarse en la valoración de la prueba para poder excepcionar la custodia compartida y sobre los que la sentencia recurrida no efectúa consideración alguna*<sup>153</sup>.

En la admisión del informe técnico de un procedimiento previo aportado como prueba documental no cabe apreciar que exista infracción alguna, porque dicho informe no es en este procedimiento prueba pericial, y como documental ha sido correctamente incorporado al expediente (STSJA 13/2012, de 9 de abril)<sup>154</sup>.

Tanto los informes de especialistas (art. 80.3) como la opinión de los menores (arts. 80.2.c., 76.4 y 6) adquieren singular relevancia para la fijación de la guarda y custodia (SAPZ, Secc. 2ª, 289/2012, de 29 de mayo). El propio informe psicoso-

---

*y custodia compartida por meses naturales alternos, por considerar que la situación familiar lo posibilita, habida cuenta de la capacidad detectada en ambos progenitores de hacer frente a las necesidades del menor; que sus horarios son semejantes, con las tardes libres; que sus domicilios no están excesivamente alejados; y que los dos cuentan con personas que los apoyen y cubran las necesidades impuestas por los imperativos laborales. Además de la buena disposición del padre ante las responsabilidades a las que ha de hacer frente, no dudándose que, por su propio interés, las deficiencias detectadas en periodos anteriores serán corregidas. Consideraciones que la Sala comparte y llevan a la confirmación de la resolución recurrida...*

152. En el mismo sentido, SAPH, Secc. 1ª, 154/2012, de 26 de julio.

153. STSJA 13/2012, de 9 de abril, que casa la 92/2011, de 21 de mayo, de la APT.

En sentido contrario, dice la SAPH 79/2012, de 25 de abril, que “tal y como quedó establecido en el procedimiento anterior, el juzgado ya solicitó de oficio un informe a la trabajadora social del IMLA sobre la conveniencia de establecer un régimen de custodia compartida, tal y como autoriza el art. 80-3 CDFA [...]. Dado el tiempo transcurrido desde que se emitió el 16/2/2011, y la fecha de esta segunda sentencia que ahora se recurre de 16/12/2011, sus conclusiones son plenamente válidas”. La Audiencia estima además que se producen los efectos de la cosa juzgada, que impiden que pueda intentarse sucesivamente la revisión del convenio regulador al amparo de la Disposición transitoria de la Ley 2/2010.

154. En la SAPZ, Secc. 2ª, 423/2012, de 13 de julio, la Audiencia destaca *la divergencia en el contenido de los informes psicológicos del Gabinete adscrito al Juzgado emitidos en tan corto lapso de tiempo en el presente proceso y en el de divorcio, resultando las conclusiones diametralmente opuestas, lo que resulta desconcertante ante una misma situación familiar*. La Audiencia revoca la custodia compartida aconsejada por la psicóloga y acordada por el Juez y mantiene la custodia individual a favor de la madre.



cial puede permitir al Juez valorar la voluntad de los menores recogida por los expertos que lo elaboraron (STSJA 24/2012, de 5 de julio). El derecho del menor a ser oído siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años (arts. 6 CDFR, 12 de la Convención de derechos del niño y 9 de la Ley Orgánica 1/1996), no exige que haya de ser oído directamente por el tribunal, sino que también puede ejercitar este derecho a través de representante u otras personas que por su profesión o especial relación de confianza puedan transmitir su opinión objetivamente (STSJA 34/2012, de 19 de octubre).

Lo mismo que los informes periciales, también habrá que valorar ponderadamente las restantes pruebas aportadas, en particular la exploración practicada a los menores con suficiente juicio. El art. 80.3 permite acordar de oficio la exploración del menor<sup>155</sup>. Como afirma la STSJ de Cataluña de 23 de febrero de 2012, y reproduce la STSJA 27/2012, de 24 de julio, *sin necesidad de entrar en disquisiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la exploración judicial puesto que difícilmente puede considerarse un medio de prueba en el que basar una resolución sino el instrumento por el que el menor afectado por un procedimiento puede dar a conocer al Juez su opinión (de tal modo que según algún sector doctrinal el contenido de la exploración podría quedar fuera del conocimiento de las partes) lo cierto es que en la exploración adquiere el principio de inmediación su mayor relevancia, pues con independencia de lo que se haga constar en el acta, en el caso de que se hubiese documentado como aquí ha ocurrido, la percepción, impresiones, etc. que tuvo el Tribunal en la entrevista con los menores difícilmente pueden ser plasmadas en toda su amplitud en un documento escrito.*

Se trata, pues, de una facultad que los tribunales habrán de utilizar a su mejor arbitrio y sin perjuicio de las posibilidades de petición de prueba en todo momento y por todas las partes y el Ministerio Fiscal (art. 752.1 Lec.), en orden al mejor conocimiento de cualquier circunstancia que afecte a los menores y que redunde en la mejor protección del interés de los mismos. Así que, como dice la STSJA 34/2012, de 19 de octubre, *no cabe elevar a la categoría de derecho fundamental del niño la necesidad de ser explorado de forma directa por los tribunales en todos los casos, con la consecuencia de entenderse infringido el derecho a la tutela judicial efectiva en el supuesto de no hacerse así, pues no se deduce tal derecho absoluto de los indicados preceptos* [arts. 12 de la Convención de derecho del niño, 9 de la Ley Orgánica 1/1996 y 6 del CDFR]<sup>156</sup>.

Ya hemos indicado que en estos procesos no se aplican rígidamente los criterios de distribución de la carga de la prueba (art. 217 Lec.), *sin perjuicio de que en la valoración de la misma se haya de partir de la capacidad y aptitud de los progenitores para*

155. En el caso de la STSJA 24/2012, de 5 de julio, se dice que, *con carácter previo al dictado de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, como diligencia final, el Magistrado ponente, junto con la representante del Ministerio Fiscal, efectuaron la exploración de los dos hijos del matrimonio, Irene y Marcos. Los dos, de 12 y 10 años de edad, respectivamente, con juicio y madurez suficiente, según percibió el Magistrado, expresaron con claridad que su relación es buena con uno y otro de los progenitores, y que desean seguir en la situación en que se encuentran, esto es, bajo custodia y en convivencia con la madre.*

156. En el caso de esta sentencia, el representante del Ministerio Fiscal alega la nulidad de la sentencia de la Audiencia al amparo del art. 238.3º LOPJ, por considerar que se ha producido la infracción del principio de tutela judicial efectiva (art. 24.1 Const.) al no haber sido oído el menor, en este caso la niña Paula, nacida el 15 de junio de 2001 (de diez años y nueve meses de edad en el momento de ser dictada la sentencia de apelación).



*asumir la custodia de sus hijos, por lo que habrá de probarse lo contrario para adoptar cualquier decisión en tal sentido (STSJA 13/2011, de 15 de diciembre)*<sup>157</sup>.

*La valoración de la prueba practicada en las instancias no puede ser revisada en casación, por cuanto el objeto de este recurso extraordinario no es llevar a cabo una nueva valoración de la prueba, que corresponde a los instancias procesales, sino determinar la recta aplicación del derecho sustantivo al caso de autos (Ss. TSJA 4/2012, de 1 de febrero, y 34/2012, de 19 de octubre). Un correcta técnica casacional implica plantear cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos, toda vez que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, sino que es un recurso extraordinario que tiene una finalidad de control de la aplicación de la norma sustantiva y de creación de doctrina jurisprudencial, lo que impide invocar la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, eludiendo así la valoración probatoria contenida en la sentencia impugnada, y si se argumenta al margen de la base fáctica contenida en la misma se incurre en el defecto casacional de hacer “supuesto de la cuestión” (STSJA 35/2012, de 26 de octubre).*

Así que cuando los tribunales de instancia han efectuado una valoración suficiente y razonada de la prueba practicada teniendo en cuenta los distintos factores puestos de manifiesto por los informes periciales médicos, sociales o psicológicos, tal valoración no puede ser revisada en casación salvo si la misma resulta manifiestamente irracional, ilógica o arbitraria (art. 469.1.4º Lec.)<sup>158</sup>. Salvo en tales casos, procederá la inadmisión (o desestimación si ha sido admitido) del recurso de casación que pretenda la revisión de la prueba practicada en las instancias (art. 483.2 Lec.).

### **3. Motivar suficientemente la decisión adoptada atendiendo a la ponderación de los factores del art. 80.2 CDFA**<sup>159</sup>.

Los tribunales de instancia, al apartarse de la regla general que da preferencia a la custodia compartida, han de seguir adecuadamente las reglas indicadas en el art. 80.2 razonando suficientemente la decisión adoptada (Ss. TSJA 4 y 5/2012, de 1 y 8 de febrero). O, como señala la STSJA 13/2012, de 9 de abril, *para determinar si existen razones que justificarían establecer la custodia individual o si debe estarse al criterio preferente de custodia compartida*, hay que atender a las previsiones contenidas en el art. 80.2 CDFA. De manera que, como expresa el Preámbulo, *el Juez deberá motivar su decisión teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares y los factores a los que se refiere el artículo 80, como la edad de los hijos, el arraigo social y familiar de los hijos, la opinión de los hijos, la aptitud y la voluntad de los progenitores para asegurar la*

157. *Vid. etiam* SAPZ, Secc. 2ª, 33/2012, de 17 de enero. También la SAPZ, Secc. 2ª, 246/2012, de 9 de mayo, destaca que “en este tipo de procedimientos no rige el principio dispositivo (art. 751 Lec.), exigiéndose la presencia e intervención del M. Fiscal, pudiendo el Tribunal practicar las pruebas que estime pertinentes de oficio (art. 752.1 Lec.), todo ello al estar en juego intereses de especial protección”.

158. Ss. TS 28/11/2008, 8/7/2009, 10/9/2009, 19/10/2009 y 10/10/2011; Ss. TSJA 4/2012, de 1 de febrero, 5/2012, de 8 de febrero, 34/2012, de 19 de octubre.

159. *Vid.* como trabajo específico y referido a la regulación aragonesa: CALLIZO LÓPEZ, María Ángeles: “Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón”, *Revista Aequalitas* núm. 30, enero-junio 2012, págs. 19 a 33.

*estabilidad de los hijos o las posibilidades de los padres de conciliar su vida familiar y laboral. El artículo 80 también establece que en todo acuerdo de custodia, salvo circunstancias excepcionales, no se separará a los hermanos.*

En todo caso, como dice Martínez de Aguirre<sup>160</sup>, “las razones y pruebas en que se base el Juez para justificar la custodia individual habrán de ser tanto más poderosas cuanto más deba hacer frente no solo a la preferencia legal, sino a la solicitud [de custodia compartida] de uno de los progenitores, o de ambos”.

La ley no contiene elementos que permitan concretar la importancia de cada uno de los factores del art. 80.2 a la hora de decidir el tipo de custodia, indeterminación que concede al Juez amplios poderes de decisión y dota al sistema de flexibilidad.

Los factores del art. 80.2 *han de ser ponderados por el tribunal sentenciador, quien habrá de explicar las razones que conducen a una decisión, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias y considerando el preferente interés de los hijos menores*<sup>161</sup>. Siendo así, la custodia individual es una de las posibilidades legales existentes que, motivada suficientemente, no vulnera el derecho a la igualdad de los progenitores (STSJA 27/2012, de 24 de julio)<sup>162</sup>.

Así, en el caso de la STSJA 24/2012, de 5 de julio, *se constata que las pruebas tenidas en cuenta en la sentencia recurrida y, por su admisión en ella, las del Juzgado de Primera Instancia, tendieron a conocer lo que era realmente más beneficioso para los hijos, a la vez que ambas resoluciones razonaron en atención a los factores contenidos en los apartados a) a f) del citado artículo 80.2 y, entre ellos, previa percepción directa de los medios de prueba, concluyeron con la prevalencia de algunos de tales factores sobre los otros, dentro del ámbito que la decisión jurisdiccional de instancia comprende*<sup>163</sup>.

160. 2011, p. 155.

161. LA STSJA 8/2011, de 13 de julio, estima el recurso extraordinario por infracción procesal contra la SAPT 4/2011, de 11 de enero, en el motivo formulado al amparo del art. 218.2 Lec., referido a la exigencia de motivación de las sentencias. *La argumentación de la Audiencia no resulta coherente. No deben los tribunales acordar una medida, que afecta a derechos eminentemente personales de menores, cuando dicha solución es considerada poco conveniente; ni hay razones para instar a las partes a la sustitución de la forma de custodia que impone –pese a desvalorarla– “al menos cuando el menor alcance la edad suficiente para la escolarización obligatoria”, pues no hay motivos que conduzcan a la modificación a partir de ese momento, ni las razones que a ello conducen se exponen en la fundamentación jurídica del fallo.*

En el fundamento jurídico 5º de esta sentencia, con cita de la STC 64/2010, de 18 de octubre (Sala 2ª), se recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva supone que la resolución ha de estar suficientemente motivada y que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho. *Una fundamentación contraria a la lógica, incoherente o irrazonable, impediría conocer realmente las razones de la decisión, y propiciaría la arbitrariedad de los poderes públicos, que está vedada por el art. 9.3 de la Constitución Española.*

162. La doctrina de la Sala 1ª del TS en materia de falta de motivación de las sentencias la reproduce, entre otras, la STS 323/2012, de 25 de mayo. Añade esta sentencia que, alegada falta de motivación en las sentencias recaídas en casos en que se discute la guarda y custodia compartida, solo puede examinarse en casación 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, 578/2011, de 21 julio, 579/2011, de 22 julio, 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo). En el caso de esta sentencia, la Sala concluye, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal que apoya el recurso extraordinario por infracción procesal, *que falta la motivación suficiente para considerar cumplido el deber constitucional de motivación, al fundarse la sentencia recurrida únicamente en forma nominal en el interés del menor, que después no aplica para resolver el recurso.*

163. SAPZ, Secc. 2ª, 384/2012, de 3 de julio: *Esta Sala ya ha reiterado que deben adoptarse las medidas referentes a los menores en su exclusivo interés, al margen de las preferencias o caprichos de los progenitores, implantándose la custodia individual cuando*

Por otra parte, cuando se trata de relaciones paterno-filiales el Juez nunca puede incurrir en incongruencia “ultra petita” ni “extra petita”, pues, siendo el proceso matrimonial un instrumento al servicio del Derecho de familia, en el que se dan elementos de “ius cogens” derivados de su especial naturaleza, los principios dispositivo y de rogación característicos del proceso civil quiebran y son sustituidos por el de oficio o inquisitivo, de modo que las medidas tuitivas relativas a los hijos del matrimonio deberán ser resueltas por el Juez como estime más conveniente al interés del menor aun cuando las partes no se lo hubieran solicitado<sup>164</sup>. En este sentido puede verse el FJ 4 de la STC 185/2012, de 17 de octubre.

#### 4. Precisiones sobre los factores del art. 80.2.

##### 4.1. La edad de los hijos.

Es el primero de los factores mencionados en el art. 80.2 CDFa. La STSJA 13/2012, de 9 de abril, indica que los tres hijos del matrimonio, que tienen hoy 16, 12 y 7 años, han superado las edades más tempranas que podrían aconsejar que vivieran de modo permanente en un solo domicilio y que fuera uno solo de los progenitores quien los tuviera de un modo permanente bajo su custodia.

“La edad más temprana” o “la corta edad” de los hijos es un factor relevante y favorable a la custodia individual, normalmente de la madre<sup>165</sup>. Esa temprana o corta edad parece identificarse con la primera infancia<sup>166</sup>, y puede considerarse que termina ordinariamente al cumplir los tres años de edad<sup>167</sup>. Pero, como dice

*se revele más beneficiosa para aquellos, tras valorar los parámetros contemplados en el art. 80 CDFa.*

164. SAPZ, Secc. 2ª, 659/2011, de 20 de diciembre, que cita la STC 120/84, de 10 de diciembre, y las Ss. TS 2/12/87 y 16/7/04.

En el mismo sentido, La SAPZ, Secc. 2ª, 119/2012, de 7/3, señala que no puede apreciarse la incongruencia extra petita denunciada por la demandada, por ser ésta una materia de ius cogens en la que de oficio actúa el Juzgador preservando siempre el bienestar e interés del menor, al margen de la postulación de las partes.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 352/2012, de 19 de junio, el Juez mantiene la guarda y custodia individual a favor de la madre (con rechazo de la compartida solicitada por el padre), pero como aquella se ha trasladado con motivos justificados a vivir a Málaga, modifica de oficio el régimen de visitas del progenitor no custodio. El nuevo régimen de visitas es confirmado por la Audiencia por ser en las actuales circunstancias el más adecuado y de posible cumplimiento.

165. La edad de la menor (18 meses) es otro factor relevante (art. 6.2 LIRF; 80.2.a CDFa), teniendo en cuenta este apartado la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en la 14ª Sesión Plenaria de la ONU de 20/11/1959, por la que se indica que, salvo excepciones, no se debe separar a un niño de corta edad de su madre (Ss. APZ, Secc. 2ª, 199 y 572/2011, de 12 de abril y 15 de noviembre).

166. En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, núm. 634/2011, de 2 de diciembre, se trata de dos menores nacidas respectivamente en 2001 y 2008. La ruptura de la convivencia se produjo en diciembre de 2009, habiendo permanecido ambas desde entonces bajo la custodia de la madre. La Audiencia, para mantener la custodia individual de la madre sobre las dos hijas, además de atender al informe de la Psicóloga adscrita al Juzgado de instancia, dice que, en todo caso, la hija pequeña contaba con dos años al tiempo de presentación de la demanda y en junio pasado cumplió tres, por lo que, encontrándose en la primera infancia y teniendo en cuenta el primer factor que el legislador ha tenido en cuenta en el art. 80 CDFa a la hora de adoptar uno u otro régimen de custodia, además del principio que aconseja la no separación de los hermanos, la Sala considera que resulta más conveniente, como más favorable al superior interés de las menores, la custodia individual de ambas por la madre.

167. El voto particular del Presidente de la Sala 2ª a la SAPZ 511/2011, de 13 de octubre, dice que la edad del menor, que actualmente tiene tres años y medio, no puede ser considerada incompatible para la concesión de la custodia compartida.

La edad de la hija, de tres años y medio, no es factor exclusivo para la denegación de la guarda y custodia compartida en el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 682/2011, de 27 de diciembre, que desestima el recurso interpuesto por la madre en peti-

la STSJA 29/2012, de 25 de septiembre, la corta edad del niño (3 años cuando se dictó la sentencia de primera instancia) *es un hecho que, por sí solo, no es ni puede ser suficiente para obviar el criterio preferente de la ley* (la custodia compartida).

Añade la STSJA 30/2012, de 28 de septiembre, que *la circunstancia de la corta edad del menor [cuenta en este momento tres años de edad] no resulta por sí sola determinante para rechazar la custodia compartida por los dos progenitores, sin otros factores adicionales que impongan una especial atención por parte de la madre y que en este caso no concurren. En la situación enjuiciada por esta sentencia el niño acude ya a la guardería y tiene por tanto un amplio horario de estancia fuera del domicilio familiar que facilita su cuidado por parte de cualquiera de los progenitores. Los horarios laborales de los padres tampoco resultan concluyentes para descartar la custodia compartida.*

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 507/2012, de 11 de octubre, se tiene en cuenta que ambos progenitores, en su momento, consensuaron y mantuvieron una custodia compartida del hijo común y que en la actualidad ha cumplido los dos años, por lo que no existe obstáculo alguno, teniendo en cuenta que el propio informe psicosocial prevé la custodia compartida a partir de los 3 años, a que el régimen instaurado por la sentencia apelada (custodia compartida por semanas) se mantenga, sin necesidad de su modificación actual para volver a fijarse una vez superada la indicada edad.

Conviene recordar que el art. 79.5, como ya sabemos, dice que *cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia Sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida*. Así que el establecimiento de la custodia individual en atención a la corta edad del hijo, excepciona la preferencia legal por la custodia compartida sólo de forma transitoria: mientras la corta edad siga siendo un factor relevante para mantener la custodia individual. La propia sentencia ha podido fijar un plazo de revisión cuando el hijo alcance cierta edad<sup>168</sup>.

ción de custodia individual a su favor y confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza 28/7/2011 que acuerda la guarda y custodia compartida por ambos padres, todo ello con fundamento en el informe del gabinete psicosocial adscrito al Juzgado y el apoyo de la familia externa en ambos progenitores.

La SAPZ, Secc. 2ª, 62/2012, de 7 de febrero, revoca la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 30/6/2011 que había establecido la custodia compartida por semanas alternas, manteniendo la custodia individual a favor de la madre atribuida por la sentencia de divorcio en 2009, por entender que valorada la prueba practicada, y como factor muy relevante la edad de la menor, que en el momento de interposición de la demanda tenía tres años recién cumplidos (art. 80.2.a CDF), la custodia individual de la madre es el sistema más conveniente.

En la SAPH, Secc. 1ª, 154/2012, de 26 de julio, la corta edad de la menor –nació en el año 2009– ya se tuvo en cuenta por la psicóloga del Instituto de Medicina Legal y por la propia juzgadora a quo, no siendo un impedimento para la custodia compartida por periodos semanales acordada y que la Audiencia ratifica.

168. Las Ss. del JPI núm. 6 de Zaragoza de 5 de abril y 16 de junio de 2011, dicen que la situación de custodia individual que se acuerda [o se mantiene] se limita temporalmente al momento en que el menor cumpla los *doce años*, a partir de los cuales cualquiera de las partes podrá pedir la revisión en aras a comprobar si subsisten o no las trabas que en este momento desaconsejan la custodia compartida entre ambos padres.

La del mismo Juzgado de 12/5/2011 (confirmada por la SAPZ, Secc. 2ª, 391/2012, de 10 de julio) señala que la custodia individual a favor de la madre *será revisable al cumplir las hijas los doce años de edad a instancia de cualquiera de las partes o antes si concurre acreditada modificación sustancial de medidas ad hoc*.

La S. del mismo Juzgado de 16/6/2011, confirmada por la de la APZ, Secc. 2ª, 557/2011, de 2 de noviembre, mantiene la custodia del hijo menor, de *6 años de edad*, a favor de la madre *por un periodo añadido de dos años* desde la fecha de esta sentencia, al término de los cuales cualquiera de las partes podrá solicitar el sistema de custodia compartida en función del resultado del mayor sistema de visitas y medidas que ahora se adoptan. El informe de la psicóloga indica que el aumento



Pero, en todo caso, la custodia individual acordada en atención a la corta edad del hijo podrá ser revisada, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida, cuando la edad del hijo haya dejado de ser una circunstancia relevante favorable a la custodia individual<sup>169</sup>. También cabe que la sentencia que acuerda la custodia individual en atención a la corta edad del hijo señale directamente que la custodia compartida comenzará cuando el hijo cumpla determinada edad (supuesto conocido como de “custodia mixta”)<sup>170</sup>.

#### 4.2. El arraigo social y familiar de los hijos.

El arraigo social del hijo en una determinada localidad es un factor relevante favorable a la custodia individual del padre que vive en ella cuando el otro reside o se traslada a localidad distinta, en ocasiones muy alejada<sup>171</sup>.

El proceso de adaptación a la escuela en el que el niño de tres años de edad se encuentra no se vería favorecido por un cambio semanal de domicilio como pretende el padre, pero esto no es bastante para excluir el régimen preferente, pareciendo más adecuada la alternancia bisemanal o quincenal<sup>172</sup>.

En el caso resuelto por la STSJA 13/2012, de 9 de abril, dice la Sala que *no existe prueba que permita considerar que los hijos del matrimonio disuelto tengan menor arraigo con la familia del padre que con la de la madre, constando además que es buena de tiempo compartido con el padre debe llevarse a cabo de manera progresiva, para que el menor se vaya acostumbrando a permanecer con su padre periodos cada vez mas largos*.

169. En el caso de la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 20/6/2011 se atribuye a la madre la guarda y custodia del hijo de 2 años y 9 meses de edad, y la sentencia dice que “cuando el menor cumpla 10 años de edad el régimen de custodia podrá ser revisado”. Pero la SAPZ, Secc. 2ª, 70/2012, de 14 de febrero, entiende que “debe suprimirse la previsión que efectúa el Juzgador sobre la revisión de la custodia en el plazo estipulado, por carecer de operatividad dicho pronunciamiento”. La SJPI núm. 6 de Zaragoza de 7/12/2011 dice que “no ha lugar a establecer un régimen de custodia compartida entre los padres, si bien cuando el menor cumpla 12 años de edad el régimen de custodia podrá ser revisado”. En apelación la SAPZ, Secc. 2ª, 170/2012, de 30 de marzo, se limita a confirmar la de primera instancia, sin decir nada sobre este particular.

La SJPI núm 6 de Zaragoza de 27/12/2011 mantiene el régimen de guarda exclusiva a favor de la madre, “si bien cuando la menor cumpla 12 años de edad el régimen de custodia podrá ser revisado, en aras a comprobar si subsisten o no las trabas que en este momento desaconsejan la custodia compartida entre ambos padres. Pero la SAPZ, Secc. 2ª, 221/2012, de 25 de abril, dice que “debe suprimirse la revisión de la custodia a los 12 años por su improcedencia”.

170. Hasta que la hija menor, de 5 años de edad, cumpla 7 años, el padre podrá tener a los hijos en su compañía fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes por la mañana, y una tarde con pernocta debiendo reintegrarlos en el colegio. Una vez la hija menor cumpla 7 años los padres tendrán la custodia de sus hijos dos meses alternativamente cada uno. La SJPI núm. 6 de Zaragoza de 4/7/2011 considera que ambas formas lo son de custodia compartida. La SAPZ, Secc. 2ª, 7/2012, de 17 de enero, dice que *ninguna razón, partiendo de la conveniencia del régimen de guarda y custodia compartida, existe para limitar la entrada en funcionamiento de dicho régimen dos años más, procediéndose a revocar la sentencia en este apartado*.

171. En el convenio regulador suscrito en el divorcio ambas partes pactaron un sistema de guarda y custodia compartida por meses alternos, que la madre quiere que continúe, bien que con la lógica modificación impuesta por su traslado a Madrid, esto es, sustituyendo el sistema pactado de alternancia mensual por el de años escolares. Subsidiariamente, la madre pide que se le atribuya exclusivamente a ella la custodia individual de los dos hijos de 11 y 5 años de edad. La custodia que la madre pretende implicaría que los hijos alternasen sucesivamente sus cursos escolares en Madrid y Zaragoza, lo que, como es obvio, no es la solución más favorable al desarrollo evolutivo y adaptación personal, escolar, familiar, socialización con iguales, rendimiento académico, etc. de los menores. Y también debe denegarse la custodia individual a favor de la madre, pues ambos hijos tienen su vida organizada y estructurada en Zaragoza, el mayor ha mostrado su rechazo a trasladarse a Madrid y un reparto de hijos debe ser desechado por la inconveniencia que una separación de los hermanos supondría. Se mantiene, pues, la guarda y custodia individual a favor del padre (SAPZ, Secc. 2ª, 60/2012, de 7 de febrero).

172 STSJA 29/2012, de 25 de septiembre.



*su relación con la pareja con quien actualmente convive el padre, y sin que nada permita deducir que el hecho de haber tenido los hijos del matrimonio disuelto hermanos gemelos de vínculo sencillo pueda perjudicar su estancia en la casa del padre pues, antes al contrario, la custodia compartida parece que debe favorecer la relación con los nuevos hermanos.*

Por el contrario, en el caso de la SAPH, Secc. 1ª, 55/2012, de 16 de marzo, confirmada por la STSJA 34/2012, de 19 de octubre, la Audiencia concluye que la hija mayor no ha aceptado hasta ahora la nueva familia creada por su padre con otra pareja y la hija de ésta, aunque intenta adaptarse a la nueva situación, lo que no es considerado como un capricho de la menor sino como una toma de postura personal que responde a sus propios sentimientos, y que parece que las niñas están más unidas sentimentalmente a la madre por lo que se considera que la custodia compartida supondría imponer a la hija mayor, alcanzando el mismo régimen a la menor, un nuevo factor de sufrimiento personal que no le conviene para el desarrollo de su personalidad, por lo que choca con el interés de las menores de acuerdo con los factores señalados al efecto por el art. 80.2 –la opinión de los hijos, el arraigo familiar y cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia–.

#### 4.3. La opinión de los hijos.

El derecho del menor a ser oído aparece recogido en el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, así como en el art. 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Además, cabe citar el art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, publicada en el DOUE de 14 de diciembre de 2007 e íntegramente reproducida en el art. 2 de la LO 1/2008, de 30 de junio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa<sup>173</sup>. En la normativa aragonesa, el derecho del menor a ser oído está establecido en los arts. 6, 76.4 y 80.2.c del CDFA.

Pero no se trata simplemente de respetar el derecho del menor a ser oído siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años (art. 6, al que se remite el 76.4 CDFA), sino de tener en cuenta su opinión, con especial consideración a los mayores de catorce años (80.2.c)<sup>174</sup>, para, en unión de los restantes factores del art. 80.2, decidir si la custodia individual es más conveniente para él<sup>175</sup>.

173. Vid. SSTC 22/2008, de 31 de enero, FJ 7; 183/2008, de 22 de diciembre, FJ 3; 185/2012, de 17 de octubre, FJ 9.

174. De la exploración del hijo mayor, de 16 años de edad, edad suficiente para expresar su opinión de forma consciente y racional, se desprende, la negativa de los hijos a residir con su padre, ni aún temporalmente de manera alterna, por lo que el recurso deber ser rechazado en este concreto apartado (SAPZ, Secc. 2ª, 198/2012, de 11 de abril).

El Juez, en el acto de la vista, acordó la no necesidad de la prueba pericial solicitada *por cuanto el hijo, de 16 años y cinco meses y medio en ese momento, había manifestado en la exploración practicada en diciembre anterior su deseo de estar con su madre* (SAPZ, Secc. 2ª, 437/2012, de 20 de julio).

175. Los menores (de 12 y 10 años), con juicio y madurez suficientes, son partidarios de mantener la relación con sus progenitores tal como se viene regulando en la actualidad, sin cambios. Tanto los informes de especialistas (art. 80.3) como la opinión de los menores (arts. 80.2.c, 76.4, 6) adquieren especial relevancia para la fijación de la guarda y custodia (SAPZ,

*La opinión de los menores resulta relevante a la hora de decidir sobre su forma de vida futura, aunque habrá de ser valorada juntamente con los demás factores que expresa el precepto citado [art. 80.2]. No es la voluntad que decide el litigio, ya que se trata de personas en formación que, conforme al art. 5 CDFA, no tienen plena capacidad de obrar, pero esta expresión es un factor de relieve a la hora de adoptar la decisión (STSJA 27/2012, de 24 de julio). La STSJA 34/2012, de 19 de octubre, insiste en que el art. 80.2 no señala a la opinión de los menores como factor preferente sino como uno más de los que deben ser tenidos en cuenta ponderadamente por los tribunales para la adopción del régimen de custodia.*

En el caso de la STSJA 13/2012, de 9 de abril, que sustituye la custodia individual de la madre por la compartida, la opinión de los hijos menores de mayor edad (16 y 12 años) evidencia con claridad que el deseo de ambos hermanos es el de poder vivir tanto con su padre como con su madre, lo que *constituye un dato esencial que debe ser claramente valorado a favor del establecimiento de la custodia compartida.*

*La opinión de la menor es un dato a tener en cuenta como así viene establecido en la norma aragonesa (arts. 6, 76.4 y 80.2.c CDFA), obviamente no se trata de acceder sin más trámites a la conveniencia de la menor, sino de conjugar de manera adecuada su opinión [claramente favorable a convivir con su madre] con el resto de datos relevantes que confluyen en el litigio, en este caso las pruebas periciales obrantes, es por ello que en el presente supuesto se hace evidente que la custodia individual es más beneficiosa para las menores que la compartida (SAPZ, Secc. 2ª, 333/2011, de 14 de junio)<sup>176</sup>.*

*El legislador da relevancia a la opinión de los menores. Los menores tienen sus propios deseos y sentimientos que no pueden ser dejados de lado, sino que deben ser tenidos muy en cuenta cuando lo que se busca es su propio beneficio, también cuando son adolescentes o preadolescentes (como aquí ocurre), con toda la problemática que tal periodo lleva consigo acentuando los roces consustanciales a toda situación de convivencia, que aparecen más raramente cuando la relación es esporádica. Por ello, aunque ciertamente actuar en beneficio e interés de los menores (art. 76.2 CDFA) no equivale sin más a la satisfacción de todos sus deseos, en algunos casos hemos dado relevancia a la propia opinión de los menores a fin de determinar lo más beneficioso para ellos cuando ambos progenitores tienen la capacidad necesaria para llevar a buen puerto su educación (como sucede en este caso) y para tomar decisiones sobre sus hijos. En suma, una cosa es que los menores deban ser oídos y otra que debemos sistemáticamente contrariar su voluntad cuando, al fin y al cabo, ellos no tienen ninguna culpa de que no puedan convivir con sus dos progenitores, cuyos deseos, sentimientos, afectos y emociones también cuentan, desde luego, pero menos que los de sus hijos, quienes nada han hecho para crear los riesgos de disgregación familiar, lo que no significa ningún tipo de reproche, ni premiar ni castigar a ninguno de*

---

Secc. 2ª, 77/2012, de 21 de febrero). *Confirmada* por STSJA 24/2012, de 5 de julio.

176. En el caso de esta sentencia, la Audiencia revoca la sentencia del JPI núm. 6 de Zaragoza de 27/1/2011 que había otorgado la custodia de forma compartida sobre los menores de 10 y 6 años de edad, y se atribuye individualmente a la madre porque en los dos informes psicosociales, uno del Juzgado y otro de parte, se rechaza la custodia compartida aconsejando la individual de la madre recurrente y también porque en la exploración practicada en la alzada la niña de 10 años ha mostrado una clara preferencia a la estancia con su madre que ha sido la figura de especial referencia en su vida.

*los progenitores, sino hacer que la ruptura matrimonial –cuyos efectos perduran a lo largo del tiempo- sea lo menos traumática posible para los hijos de la pareja que se separa*<sup>177</sup>.

La opinión del menor puede conocerse a través del informe psicológico o social y/o por medio de la exploración judicial. La exploración del menor puede tener lugar a instancia de parte o de oficio y practicarse en primera o segunda instancia<sup>178</sup>, o en ambas<sup>179</sup>. Pero la opinión del menor tanto puede ser favorable a la custodia compartida como a la individual de la madre<sup>180</sup> o del padre<sup>181</sup>, o no tener un criterio fijo<sup>182</sup>. Siendo dos o más los hijos, su opinión puede no ser unánime<sup>183</sup>.

177. Así se expresa la SAPH, Secc. 1ª, 7/2012, de 24 de enero, reiterando lo dicho en otras ocasiones (por ejemplo, en la S. 311/2011, de 16 de diciembre). En el caso de autos el menor tiene ya casi catorce años y desea claramente vivir con su padre. La Sala valora asimismo el rechazo frontal que el menor siente hacia el compañero sentimental de la madre.

178. La menor, de 12 años de edad, ha sido oída en la segunda instancia y ha manifestado su deseo de continuar con el régimen de custodia compartida, manteniendo su actual situación. Esta consideración, unida a la preferencia legal y a que ambos progenitores tienen aptitud y capacidad para el cuidado de la menor, inclinan a la Sala a mantener la custodia compartida con el régimen de semanas alternas impuesto, que se adapta adecuadamente a la disponibilidad laboral de ambos progenitores (SAPZ, Secc. 2ª, 54/2012, de 7 de febrero).

Se ha practicado en esta instancia exploración de la menor Andrea en la actualidad de 8 años de edad (SAPZ, Secc. 2ª, 246/2012, de 9 de mayo). Otros casos: Ss. APZ, Secc. 2ª, 345/2012, de 19 de junio; 350/2012, de 19 de junio (la menor de 16 años de edad es parapléjica y desea seguir viviendo en la vivienda familiar adaptada a su minusvalía).

179. Se han practicado dos exploraciones al menor de 14 años de edad, una en cada instancia. Del conjunto de la prueba se desprende el deseo del menor de compartir el mayor tiempo posible con ambos progenitores. Hay que tener en cuenta el deseo del menor de convivir con su padre y con su madre, destacando en su discurso aspectos positivos que implicaría dicho cambio, por lo que procede revocar la sentencia de instancia y fijar la guarda y custodia compartida como más conveniente para el interés del menor (SAPZ, Secc. 2ª, 94/2012, de 28 de febrero).

180. En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 145/2012, de 20 de marzo, los hijos, de 14 y 11 años de edad, desean seguir viviendo con su madre y ver a su padre los fines de semana alternos, opinión que sirve para desestimar la petición de custodia compartida.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 378/2012, de 3 de julio, el Juzgado ha estimado la petición del padre y le ha concedido la custodia individual que hasta entonces tenía la madre (porque presenta déficits a nivel personal y familiar para establecer límites, normas y disciplina); en 2ª instancia se practica exploración de ambos hijos, de ella se deduce que estos no quieren en modo alguno vivir con su padre, en el caso de Arturo, su edad actual 18 años, relativiza a cualquier decisión que pueda tomarse, y en el caso de Nerea, con una edad ya relevante (15 años), no parece adecuado a la vista de sus explicaciones y razonamientos el mantenimiento de una custodia impuesta. La opinión de los menores es relevante. Además el mantenimiento de la custodia de la madre evita separar a los hermanos.

181. En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 113/2012, de 7 de marzo, la hija común tiene 17 años y ha expresado su preferencia por la custodia individual a favor del padre siendo una decisión motivada y razonada por lo que teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 6, 76.4 y 80.2.c del CDFa, la Audiencia confirma la sentencia de primera instancia en este apartado.

SAPZ, Secc. 2ª, 350/2012, de 19 de junio: *La menor [de 16 años de edad y parapléjica] ha sido explorada en esta alzada y ha manifestado desear quedarse en Grisén donde tiene a sus amigos y a su novio, que se encuentra bien atendida por su padre y hermano, que quiere seguir estudiando en Pedrola, que habla y ve a su madre, a la que echa mucho de menos porque siempre ha vivido con ella, pero que por ahora no quiere vivir en Zaragoza [a donde se ha trasladado a residir con su pareja].*

182. En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 442/2012, de 23 de julio, en la exploración que se llevó a cabo en esta alzada, el menor dijo que *prefiere seguir en su actual situación, que está bien con sus dos progenitores, pero mejor con su madre; y que si tiene que estar con los dos prefiere poco tiempo. Manifestaciones a las que, al menos en lo que se refiere a la opción guarda individual/guarda compartida, no cabe conferir un valor decisivo, dado su criterio cambiante sobre el tema, expresamente admitido por la madre en el juicio.*

183. En la SAPZ, Secc. 2ª, 413/2012, de 13 de julio, los tres hijos, que han cumplido 16, 14 y 9 años de edad, viven con su madre y visitan a su padre fines de semana alternos y dos tardes entre semana. Los tres manifestaron ante la Trabajadora Social que están bien con los dos padres, pero que preferían seguir como siempre –sin la pernocta de las dos tarde entre semana que el padre pretende, postura que los dos pequeños mantuvieron en la exploración practicada en esta segunda instancia, pero el mayor cambió, diciendo que prefería la custodia compartida con alternancia de 15 días.

A partir de los 8, 9 o 10 años, al entender que ya tienen suficiente juicio, comienzan a practicarse exploraciones de menores para conocer directamente su opinión sobre el sistema de guarda y custodia que prefieren<sup>184</sup>.

La opinión del menor puede ser también relevante para concretar el tipo de custodia compartida o el régimen de visitas con el progenitor no custodio<sup>185</sup>.

#### 4.4. La aptitud y voluntad de los progenitores.

Aunque la custodia compartida comporta una real implicación de los padres en la atención de los hijos, en todos los órdenes, emocional, físico, educativo, etc., en la valoración de la prueba hay que partir de la inicial aptitud de ambos padres para ejercer, en forma compartida, la guarda y custodia de sus hijos, por lo que habrá de probarse en los autos su falta de aptitud, idoneidad o voluntad para su ejercicio (Ss. TSJA 10/2011, de 30 de septiembre, y 17/2012, de 18 de abril).

No bastan, a tal fin, las apreciaciones personales del Juez ni las estimaciones de futuro sobre la falta de disponibilidad de tiempo de uno de los padres<sup>186</sup>, al contrario, deberá ser la prueba demostrativa de la falta de aptitud, capacidad y disposición la que podrá determinar la atribución de la custodia individual<sup>187</sup>, sin que quepa presumir su incapacidad para el futuro (STSJA 13/2011, de 15 de diciembre).

Tampoco impide fijar la custodia compartida el hecho de que en el periodo de convivencia la madre se haya dedicado en una mayor proporción que el pa-

184. El menor, de 9 años de edad, tanto en el informe pericial como en la exploración practicada en la alzada, manifiesta su preferencia y deseos de continuar viviendo con su madre de forma cotidiana y su oposición a la custodia compartida solicitada por el padre. En atención al informe pericial y a la opinión del menor, la Sala considera que la custodia compartida acordada por el Juzgador de instancia no es lo más favorable para el menor, estimando, por el contrario, más adecuada la custodia individual a favor de la madre (SAPZ, Secc. 2ª, 159/2012, de 27 de marzo). *Confirmada* por STSJA 28/2012, de 24 de septiembre.

Se ha practicado en esta instancia exploración de la menor Andrea en la actualidad de 8 años de edad (SAPZ, Secc. 2ª, 246/2012, de 9 de mayo).

En el informe psicológico practicado en el proceso se dice que Paula, de 9 años, quiere seguir viviendo con su madre, no deseando la menor la custodia compartida que solicita el padre. Entiende la Audiencia que *en el caso enjuiciado debe preservarse la seguridad y tranquilidad de Paula. Tiene suficiente juicio para valorar como se encuentra mejor y como desea repartir su tiempo entre los progenitores, habiéndose demostrado que el sistema vigente le ha permitido un satisfactorio nivel de adaptación educativo y de relación con su entorno* (SAPZ, Secc. 2ª, 363/2012, de 26 de junio, que confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 17/1/2012).

185. En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 345/2012, de 19 de junio, en la exploración de la menor de casi 12 años de edad practicada en la segunda instancia ésta ha solicitado que las visitas intersemanales incluyan la pernocta. Dice la Audiencia al respecto: *En cuanto a las pernoctas intersemanales se trata de una solicitud de la menor de todo punto razonable y atendible, a parte que implica una mayor interrelación con ambos progenitores, procede ampliar las visitas en los términos indicados fijándose para su práctica los martes y jueves respectivamente.*

186. La madre, que no cuestiona la capacidad e idoneidad del padre para el ejercicio de la guarda y custodia, sí duda de que, dadas sus ocupaciones –clases en la Facultad de Medicina, atención de su Gabinete, congresos y conferencias–, pueda encargarse de su hijo debidamente. *Lo que, sin embargo, es sólo una estimación de futuro sobre su disponibilidad de tiempo, que no es propiamente ninguno de los factores señalados en art. 80.2 CDFa en orden al señalamiento de un régimen u otro de custodia* (SAPZ, Secc. 2ª, 442/2012, de 23 de julio).

187. En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 119/2012, de 7 de marzo, la corta edad de la menor (cinco años), los escasos contactos habidos con su padre (falta de pernoctas), la ausencia de espacios en la vivienda de éste para el desarrollo de las actividades propias de la niña (habitación propia), su horario y actividades laborales distantes de la localidad de Zaragoza, permiten concluir en que carece de condiciones precisas para facilitar la estabilidad de la misma en todos los órdenes, resultando más beneficiosa la custodia individual acordada a favor de la madre, en cuyo entorno se encuentra plenamente acomodada (art. 80.2.d y e CDFa).



dre al cuidado de los hijos<sup>188</sup>. *El tiempo dedicado por cada uno de los progenitores al cuidado y atención de los hijos menores durante la convivencia es un dato que no puede calificarse de decisivo, como único argumento para la elección de la forma de custodia y ello por cuanto esta mayor dedicación puede estar justificada en la pronta edad del menor e incluso en la mayoría de los casos puede responder a un acuerdo de los progenitores, al existir una mayor dedicación en la obtención de recursos económicos para hacer frente a las necesidades de la familia por parte de uno de ellos o por simple decisión consensuada, por lo que no puede apoyarse la denegación de la custodia compartida, únicamente en esta cuestión, obviándose el resto de las pruebas objetivas que obran en autos<sup>189</sup>.*

En efecto, como dice la STSJA 22/2012, de 6 de junio, *la realidad preexistente relativa al cuidado y atención al menor, constante matrimonio, no debe ser trasladada acríticamente a la situación de divorcio, ya que en aquella situación los cónyuges pueden repartir su tiempo y dedicar mayor o menor intensidad a la atención al menor, sin que ello implique que aquel que se ha dedicado preferentemente a tareas laborales se ha desvinculado de la atención y educación del hijo, o está incapacitado para ello. El reparto de funciones entre los cónyuges durante el tiempo de convivencia matrimonial no es vinculante para las decisiones a adoptar en supuestos de separación o divorcio, pues a partir de la ruptura de la convivencia ambos pueden asumir las cargas relativas a la custodia de los hijos menores, siempre que tengan capacidad para ello y no conste antecedente de desatención o descuido<sup>190</sup>.*

En la misma línea, señala la SAPZ, Secc. 2ª, 442/2012, de 23 de julio, *que el reparto de roles hasta la interposición de la demanda ha podido ser uno, y el mismo conllevar una mayor o menor presencia del padre en el colegio en reuniones o tutorías, pero a lo que tal circunstancia no puede conducir es a la presunción de que el padre no pueda acceder a un régimen de custodia compartida, prejuicio que hay que rechazar, pues no pudiéndose presumir una incapacidad para el futuro, será sólo la demostración de una falta de aptitud y disposición la que podrá determinar la atribución de la custodia individual.*

Respecto de la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del menor, sin delegar en terceras personas, dice la STSJA 30/2012, de 28 de septiembre, *que tampoco esta circunstancia debe resultar concluyente en una situación de disolución del matrimonio y consiguiente cese de la convivencia, en que ordinariamente quiebra el reparto de funciones de las padres anterior a la rup-*

188. La SAPZ, Secc. 2ª, 351/2011, de 21 de junio, pone de manifiesto que el hecho de *que en el periodo de convivencia la madre se haya dedicado en una mayor proporción al cuidado de la niña no impide en el nuevo periodo y por las connotaciones anteriores expuestas (implicación en el cuidado de la hija, horario laboral compatible, compra de vivienda en el lugar de residencia de la menor) fijar la custodia compartida como la más idónea en beneficio de la menor.*

189. Así lo dice el voto particular del Presidente de la Sala 2ª a la SAPZ 511/2011, de 13 de octubre.

190. En el caso de esta sentencia, que casa la de la APZ, Secc. 2ª, 511/2011, de 13 de octubre, *consta probado que el padre recurrente, a partir del momento de la separación, adaptó su horario laboral a las necesidades del menor, y que su capacidad para hacerse cargo de la custodia de éste resulta acreditada por prueba pericial, de la que resulta que se ha implicado en los cuidados cotidianos del niño y puede dedicar parte de su tiempo a su atención, no existiendo otros elementos probatorios que desvirtúen esa apreciación.*

La SAPZ, Secc. 2ª, 226/2012, de 13 de julio, dice que *éste párrafo de la STSJA 22/2012 es aplicable por analogía a la presente litis. A pesar de que la Sala reconoce, para el caso concreto, la existencia de contradicciones e incertezas con respecto a la situación paterna, no existen elementos probatorios suficientes y concluyentes que desvirtúen la apreciación de que el padre está haciendo todo lo que puede para el bienestar de su hija o esa debería ser al menos la intención salvo que la custodia compartida sea el subterfugio utilizado para no hacer frente a las obligaciones económicas derivadas de la patria potestad u otro motivo reprochable.*



*tura. Tras ella, los dos progenitores deben asumir las responsabilidades que les incumben en la crianza y educación del menor, sin que conste incapacidad alguna del recurrente para afrontar, en un régimen de custodia compartida, las necesidades derivadas de la crianza de su hijo.*

Pero para apreciar la ineptitud del padre es razón suficiente, según dice la STSJA 10/2011, el hecho de que el padre permanezca sin trabajar y adopte una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención del hijo<sup>191</sup>.

La STSJA 17/2012, de 18 de abril, recuerda que *siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias, la prueba deberá ser dirigida a acreditar que la custodia individual es la más conveniente y solo entonces se otorgará. [...] Apreciada la aptitud del padre, y su evidente voluntad de poder participar de manera más amplia en el cuidado y educación de su hija<sup>192</sup>, no se ha practicado prueba que permita contrariar el criterio legal de preferencia por la custodia compartida, como expresión del mejor interés de la hija, por lo que procede establecer el régimen de custodia compartida.*

Pero la mayor actitud de la madre para resolver problemas es un factor que, en unión de otros, coadyuva a los resultados de las pruebas periciales y de exploración de la menor favorables a la custodia individual de la madre (STSJA 4/2012, de 1 de febrero).

El informe psicosocial indica que la madre presenta deficiencias a nivel personal y familiar para establecer límites, normas y disciplina a sus dos hijos, de 17 y 15 años de edad, constatándose en la inestabilidad familiar que han vivido los menores, por lo que aconseja atribuir la custodia de ambos al padre, lo que así acuerda el Juez. Pero la Audiencia entiende que el posible fracaso escolar, que aún están en condiciones de evitar por sus propios medios, no parece que pueda y deba achacarse a la responsabilidad exclusiva de uno de los progenitores, teniendo en cuenta que el ejercicio de la autoridad familiar es compartido por ambos progenitores. Por lo que, atendiendo a la opinión de los menores, mantiene la custodia individual a favor de la madre. Nada se dice sobre la posibilidad de una custodia compartida (SAPZ, Secc. 2ª, 378/2012, de 3 de julio).

---

191. *Pero en el caso de autos de esta STSJA, que confirma la SAPZ, Secc. 2ª, 177/2011, de 29 de marzo, la prueba practicada (informe pericial e interrogatorios), según ha sido valorada en las instancias procesales, y que no puede ser combatida en este recurso de naturaleza extraordinaria, muestra que el recurrente carece en la actualidad de esas aptitudes. Expresa la Audiencia Provincial que "el padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor"; y esta sencilla explicación es razón suficiente para excluir la custodia compartida en la forma solicitada, y atribuir la a la madre quien, por el contrario, ha adoptado una actitud comprometida con la atención de la hija y su educación.*

En la SAPZ, Secc. 2ª, 126/2012, de 13 de marzo, también es la falta de asunción realista y convincente de las tareas y responsabilidades que supone el cuidado cotidiano de una menor, de tres años de edad, por parte de su padre, que sigue residiendo con sus padres, sin disponer de vivienda donde ejercer autónomamente tales cometidos, y sin contribuir a la satisfacción de las obligaciones familiares (alimentos e hipoteca), lo que fundamenta la custodia individual a favor de la madre. Caso similar es el de la SAPZ, Secc. 2ª, 291/2012, de 29 de mayo, en la que se afirma que "no existe razón alguna, ni fáctica ni jurídica que dé soporte a la pretensión del actor [de que se conceda la custodia compartida], basada más en simples aspiraciones que en un real y fundado deseo de asumir responsablemente el cuidado cotidiano de sus hijos".

192. *En el presente caso – según dice la STSJA- recoge expresamente la sentencia del Juzgado que existen buenas relaciones entre los padres y que, según los testigos que depusieron en el acto del juicio, el padre podía utilizar la hora de desayuno para llevar a su hija al colegio y que la recogía en distintas ocasiones a la salida del mismo, lo que permite apreciar la aptitud y voluntad del padre.*

#### 4.5. Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.

La custodia compartida exige que ambos padres tengan posibilidades de conciliar la vida familiar con la laboral, pero no es preciso que ambos tengan las mismas posibilidades<sup>193</sup>. Además, el apoyo de la familia externa puede facilitar en muchos casos la adecuada conciliación<sup>194</sup>.

La imposibilidad de conciliar vida familiar y laboral hace que la custodia individual a favor del otro progenitor resulte más conveniente para el interés del hijo menor<sup>195</sup>.

Las dificultades de conciliación, en unión de otros factores del art. 80.2, debidamente probados, también pueden hacer más conveniente la custodia individual del otro<sup>196</sup>.

193. El voto particular del Presidente de la Sala 2ª a la SAPZ 511/2011, de 13 de octubre, dice que se ha constatado la actual implicación paterna y una mayor disponibilidad laboral para compaginar su horario con los periodos de visitas, siendo esto así no puede sancionarse judicialmente una mera sospecha o falta de confianza en que el padre mantenga su disponibilidad laboral en el tiempo más allá del procedimiento, cuando se constata un cambio de actitud notable.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 613/2011, de 29 de noviembre, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 6/6/2011, el padre alegó en el juicio tener que salir de su domicilio todas las mañanas a las 6,10 horas, y que el niño de cuatro años de edad se quedaba al cuidado de su hermano o de su madre. No consta que la abuela paterna viva con ellos, ni que el hermano con el que convive no trabaje. El Juzgado acuerda la custodia compartida por semanas alternas y la Audiencia lo confirma, pero advierte que *cualquier desestabilización del menor referente a la falta de organización de su cuidado y atención por las mañanas hasta su entrada en el colegio, o, cualesquiera circunstancias del mismo, que no puedan solventarse por el padre de forma adecuada, podrán generar un cambio de dicha medida*.

En la SAPZ, Secc. 2ª, 155/2012, de 20 de marzo, se dice que siendo similares en ambos padres las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral, *lo decisivo es que los medios a disposición son suficientes, al margen de que uno tenga más o menos que el otro*.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 171/2012, de 30 de marzo, la sentencia apelada basa su negativa a la custodia compartida en las dificultades del padre para conciliar la vida familiar y laboral, pero la Sala entiende que no existe prueba consistente que acredite que no pueda compaginar el padre su trabajo de promotor inmobiliario con el cuidado del menor, en circunstancias muy diferentes a la madre que también trabaja fuera de casa.

194. En la SAPZ, Secc. 2ª, 682/2011, de 27 de diciembre, que confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza 28/7/2011 que acuerda la guarda y custodia compartida por semestres sobre una menor de tres años y medio de edad, se dice que *es de destacar, así lo indica el juzgador de instancia, el apoyo de la familia externa en ambos progenitores para la adecuada conciliación laboral con la forma de custodia fijada*.

En el caso de la STSJA 4/2012, de 1 de febrero, que confirma la de la APZ, Secc. 2ª, 333/2011, de 14 de junio, la disposición por parte de la madre de ayudas para gestionar el cuidado de las menores, de 10 y 6 años de edad, es un factor que, junto a otros comprendidos en el art. 80.2 CDFA, coadyuvan a los resultados de las pruebas periciales y de exploración de la menor de 10 años de edad favorables a la custodia individual de la madre.

195. La estancia del padre fuera de Zaragoza, de lunes a jueves, es obstáculo para la solicitud de custodia compartida. El plan de custodia compartida que propone el padre reserva todos los fines de semana desde el jueves por la tarde al lunes por la mañana al mismo, atribuyendo el resto de la semana a la madre, lo que no puede aceptarse, pues vincula ocio-descanso y fin de semana a uno de los progenitores (SAPZ, Secc. 2ª, 199/2011, de 12 de abril).

196. En la SAPZ, Secc. 2ª, núm. 634/2011 de 2 de diciembre, se dice que en el informe de la Psicóloga se afirma que los dos padres *tienen plena capacidad y habilidades para ejercer de forma responsable los deberes de cuidado y crianza de sus hijas, no requiriendo la pequeña atención especial por parte de la madre; pero que, sin desconocer los compromisos de flexibilización horaria asumidos por "Tuzsa", empresa donde el actor trabaja como único médico de empresa, considera, como único motivo, que deben permanecer viviendo con la madre por su mayor disponibilidad horaria. Y el Juez, de acuerdo con ese informe, atribuye a la demandada la custodia individual de las hijas, con el régimen de visitas que establece a favor del padre*. La Audiencia confirma en este extremo la sentencia de primera instancia pero tiene en cuenta también que la hija pequeña sólo tiene tres años así como el principio que aconseja no separar a los hermanos.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 68/2012, de 14 de febrero, la Sala entiende que, no existiendo un plan de adaptación concreto por el padre de su vida laboral al cuidado de la menor, de dos años de edad, que presenta requerimientos específicos en torno a su alimentación, descanso, ocio, etc., teniendo en cuenta su corta edad, y la gran disponibilidad de que goza la madre, resulta más beneficiosa para la niña mantenerla bajo el cuidado cotidiano de la madre.

Pero no bastan para apreciar la imposibilidad o dificultad de conciliar los juicios de probabilidad o las estimaciones de futuro sobre la disponibilidad de tiempo, en función de la pasada dedicación laboral del padre, sin una valoración de prueba que así lo acredite. El hecho de que la dedicación laboral del padre haya sido su principal ocupación durante el matrimonio lleva a la Audiencia (SAPZ, Secc. 2ª, 179/2011, de 29 de marzo) a hacer el siguiente juicio de probabilidad no asentado en pruebas: “la dedicación laboral del padre ... no permite vislumbrar una disponibilidad semejante a la de la madre para la atención cotidiana del niño...”. Dice el TSJA (S. 13/2011, de 15 de diciembre) al respecto: *Parecería así que, si durante el tiempo de convivencia no ha habido una distribución tendencialmente igualitaria del tiempo de dedicación a los hijos, sólo uno de los padres estará en condiciones de hacerse cargo de su custodia. Así, incluso en aquellos supuestos en que, trabajando ambos progenitores fuera del hogar y con colaboración de ambos en las tareas domésticas y de cuidado de los hijos, uno de ellos (en muchos casos la madre) haya dispuesto de más tiempo al cuidado de los hijos, se concluirá siempre que el otro progenitor no podrá optar nunca a asumir un régimen de custodia compartida. Tal idea resulta un prejuicio y, al mismo tiempo, una contradicción con el régimen de cuidado de los hijos asumido por la pareja durante el tiempo de convivencia: lo que ha sido admitido en ese periodo, asumiendo cada miembro roles sociales habituales en cada época, resultaría un antecedente negativo. Al contrario, deberá ser la prueba demostrativa de la falta de aptitud, capacidad y disposición, la que podrá determinar la atribución de la custodia individual, sin que quepa presumir incapacidad para el futuro. Sólo la ausencia de atención que derive en perjuicio para el hijo debe hacer decaer la custodia compartida*<sup>197</sup>.

En la STSJA 30/2012, de 28 de septiembre, los horarios laborales de los padres no resultan concluyentes para descartar la custodia compartida.

#### **4.6. Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.**

Es este un apartado residual en el que cabe incluir *cualquier otra circunstancia de especial relevancia* que, debidamente acreditada, pueda llevar al Juez al convencimiento de que la custodia individual es más conveniente para el menor. En las sentencias consultadas aparecen dos circunstancias que, en ocasiones, pueden ser de especial relevancia para acordar la custodia individual:

a) *La distancia que separa el domicilio del padre del de la madre.* Cuando los domicilios de los padres se encuentran en localidades distintas y alejadas, esta circunstancia puede hacer muy difícil el establecimiento de una custodia compartida<sup>198</sup>;

<sup>197</sup>. El TSJA adopta para el menor el régimen de custodia compartida de ambos progenitores por semestres escolares. En el presente caso ninguna prueba ha sido practicada que acredite en el padre falta de aptitud por lo que se ha infringido la preferencia legal por el régimen de custodia compartida contenida en el art. 80.2 CDFA.

Parece un caso muy similar el de la SAPZ, Secc. 2ª, 327/2011, de 7 de junio, en el que se afirma que la custodia individual a favor de la madre resulta más conveniente en el caso por la escasa disponibilidad que para el recurrente deriva de su trabajo –Director Regional de un Banco– y, no revelándose como mejor alternativa la delegación de sus funciones en terceras personas.

<sup>198</sup>. La madre, por su traslado a Madrid, pide que la custodia compartida por meses alternos pase a ser por años escolares alternos. Dice la Audiencia que la custodia que la madre pretende implicaría que los hijos, de 11 y 5 años de edad, alternasen sucesivamente sus cursos escolares en Madrid y Zaragoza, lo que, como es obvio, no es la solución más

la SAPZ, Secc. 2ª, 437/2012, de 20 de julio, afirma la absoluta inviabilidad de una guarda y custodia con alternancia de cursos escolares entre Marbella y Zaragoza; en cambio, dentro de una misma localidad, o incluso en localidades próximas, la distancia entre los domicilios de los padres puede carecer de relevancia<sup>199</sup>.

b) *La conflictividad existente entre las partes, su mala relación o su manera diferente de enfrentarse a la vida cotidiana.* El TSJA (S. 6/2012, de 9 de febrero) ha dicho que *no puede compartirse en modo alguno el parecer de la recurrente cuando afirma que debe optarse por la custodia individual si no existe un alto grado de consenso entre los progenitores, pues lo frecuente en la práctica es el disenso y de hecho se contempla de forma expresa en el apartado quinto del repetido art. 80 para darle un alcance opuesto al que se pretende en el recurso. Conforme a dicho precepto, “la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el interés del menor”*. La falta de entendimiento entre los progenitores no puede constituir un factor decisivo en cuanto al establecimiento del régimen o sistema de guarda y custodia del hijo menor<sup>200</sup>.

La STSJA 30/2012, de 28 de septiembre, indica que *es cierto que esta circunstancia [la conflictividad existente entre los progenitores], en absoluto infrecuente en las rupturas de convivencia, puede dificultar el normal desarrollo de las relaciones familiares, pero este inconveniente se puede producir no solo en los casos de custodia compartida, sino también en los de custodia individual a favor de uno de los progenitores con fijación de un régimen accesorio –y preceptivo- de visitas con el progenitor no custodio –art. 80.1, párrafo tercero CDEFA-. Por ello el enfrentamiento entre los padres no constituye un argumento que permita rechazar por sí solo la custodia compartida, como ya argumentamos en nuestra sentencia de 9 de febrero de 2012, salvo que se den circunstancias excepcionales que en este caso no concurren, porque dicha dificultad se dará en uno y otro caso, al constituir siempre un obstáculo para el normal desarrollo de las relaciones familiares que la norma pretende promover y regular –art. 75 CDEFA-*.

La SAPZ, Secc. 2ª, 332/2011, de 14 de junio, indica que *no toda conflictividad puede ser causa de exclusión de la custodia compartida, es cierto que es necesario un cierto grado de entendimiento o consenso entre los progenitores para poder realizar de*

---

favorable al desarrollo evolutivo y adaptación personal, escolar, familiar, socialización con iguales, rendimiento académico, etc. de los menores (SAPZ, Secc. 2ª, 60/2012, de 7 de febrero).

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 352/2012, de 19 de junio, el Juez basa su decisión de mantener el régimen de custodia individual a favor de la madre vigente en la distancia que separa a ambos progenitores (Zaragoza-Málaga). Dice la Audiencia que *no se advierte por el padre recurrente que al menos desde la contestación de la demanda se tuvo conocimiento del traslado de la demandada a Málaga –Alhaurín de la Torre- y de lo razonable de los motivos de ese traslado –necesidades económicas por impago de pensiones-, situación en la que un régimen de custodia compartida a desarrollar entre ambas ciudades –por periodos bimensuales alternos se dice ahora en el recurso- es tan inviable –y disparatado el que se propone- como innecesaria la petición del informe de especialistas que el recurrente echa en falta.*

199. El inconveniente manifestado por la madre con base en la distancia que separa la casa del padre del casco urbano de Teruel, donde ella vive, no se acredita que constituya una circunstancia especial que condicione el modo en que debe ser establecida la custodia compartida, puesto que, como sí queda probado, son sencillos y rápidos los desplazamientos constantes al puesto de trabajo del padre, centro de formación de los menores, o al núcleo urbano de la capital (S. TSJA 13/2012, de 9 de abril).

200. Así lo dice la SAPH, Secc. 1ª, 154/2012, de 26 de julio.



*manera adecuada la corresponsabilidad parental después de la ruptura, más también lo es que toda crisis matrimonial o de pareja lleva consigo una cierta falta de entendimiento y desencuentro, deberá en todo caso cuando menos exigirse un cierto grado de conflictividad u hostilidad<sup>201</sup>, para que pueda dejarse sin efectos los beneficios que para el menor pueda conllevar, en su caso, la implantación de la custodia compartida<sup>202</sup>.*

Según la SAPH, Secc. 1<sup>a</sup>, 55/2012, de 16 de marzo, *la mala relación que tienen los cónyuges (actualmente no se comunican de forma directa, sino a través de sus abogados o por correo electrónico) no puede ser por sí misma un obstáculo para adoptar la custodia compartida, porque también lo sería para el régimen de visitas y lo más conveniente para las menores es que se relacionen con ambos progenitores, aunque los adultos se lleven mal personalmente.*

Esta misma sentencia añade que *la “manera diferente de enfrentarse a la vida cotidiana”, es decir, las distintas costumbres, pensamientos y modo de vida de uno y otro progenitor no deben suponer ningún inconveniente para la custodia compartida, porque ninguna forma de educar en el ámbito de la familia es preferente por sí misma a otra cuando, como aquí ocurre, no acarrea perjuicio alguno para las menores.*

Además, la S. Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Zaragoza de 7/5/2012 afirma, como hace el Preámbulo, *que la custodia compartida evita los conflictos entre los progenitores al situarlos a ambos en un plano de igualdad frente a sus hijos.*

## 5. No separar a los hermanos.

Para decidir el sistema de guarda y custodia más conveniente hay que tener en cuenta también que el art. 80.4 dice que, *salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.* Aunque la norma no lo señala expresamente, es claro que se refiere principal-

201. La SAPZ, Secc. 2<sup>a</sup>, 420/2011, de 15 de julio, mantiene la custodia individual a favor de la madre, con ampliación del régimen de visitas del padre, sobre el hijo común de 7 años de edad, porque las amplias discrepancias entre los padres y su falta de acuerdo en aspectos tan esenciales del menor como el sanitario y educativo, impiden considerar más adecuada la custodia compartida, que por seis meses alternos solicita el padre.

Como justificación para mantener la custodia individual a favor de la madre acordada en el convenio regulador y mantenida por el Juez, dice la SAPZ, Secc. 2<sup>a</sup>, 242/2012, de 2 de mayo: *Aspectos decisivos en la decisión a adoptar son el elevado nivel de conflictividad entre ambos progenitores [...] y su falta de habilidades para llegar a acuerdos, situación en la que la Psicóloga considera que el establecimiento de un sistema de guarda y custodia compartida no es aconsejable en el caso –perjudicial dice la Trabajadora social-, además de que la modificación del sistema de guarda y custodia de los menores no resolvería sus necesidades ni el mal estar existente en el grupo familiar, ya que la principal problemática de los menores es la elevada conflictividad y litigiosidad existente entre los progenitores y el grado en que se les ha hecho partícipes de la misma, extremos ambos –disminución del nivel del conflicto de la pareja y mantenimiento de sus hijos al margen de sus tensiones y diferencias- en el que ambos deben concentrar sus esfuerzos.*

En el caso de la SAPZ, Secc. 2<sup>a</sup>, 363/2012, de 26 de junio, se dice que el alto y grave nivel de enfrentamiento personal entre los padres no favorece el correcto ejercicio de la autoridad familiar, lo que, unido a la opinión de la menor de 9 años de edad manifestada en el informe psicológico, sirve para fundamentar la conveniencia de mantener la custodia individual a favor de la madre.

202. *En el presente supuesto la conflictividad proviene únicamente de aspectos sobre las vacaciones y forma de realización de las visitas u otros acontecimientos familiares, sin una entidad suficiente para desechar la custodia compartida únicamente por este motivo (sentencia confirmada por la del TSJA 6/2012, de 9 de febrero).*

En el caso de la SAPZ, Secc. 2<sup>a</sup>, 171/2012, de 30 de marzo, el Juez basa su negativa a la custodia compartida en la fuerte conflictividad entre los progenitores. En cambio dice la Sala que la conflictividad que subyace entre los progenitores, fuera de las lógicas discrepancias de toda ruptura conyugal, no parece relevante como para excluir el régimen con preferencia legal.



mente a los hermanos menores de edad<sup>203</sup>; los hermanos mayores de edad podrán sumarse voluntariamente al régimen de convivencia establecida para los menores o, en otro caso, habrá que establecer la forma de que los hermanos menores y mayores mantengan la relación entre sí (art. 79.2.a)<sup>204</sup>. No obstante, en algún caso también se toma en consideración la conveniencia de no separar al menor de su hermano mayor, que ya tiene 18 años<sup>205</sup>.

La no separación de los hermanos menores es un principio general, que la Ley establece para que se cumpla<sup>206</sup>, que *está concebido para evitar la separación de los hermanos de doble vínculo, nacidos del matrimonio o de la relación de pareja de hecho existente entre quienes posteriormente han roto dichos vínculos. Considerarlo de otro modo excedería del propósito del legislador, y resultaría de imposible cumplimiento en el caso en que cada uno de los anteriores consortes hubiera accedido a una nueva relación sentimental y tuviera hijos habidos con sus nuevas parejas* (STSJA 39/2012, de 27 de noviembre).

El principio, por tanto, no está concebido para evitar la separación de hermanos que lo son sólo de vínculo sencillo. *No obstante, entre las circunstancias a considerar en el momento de tomar la decisión en beneficio del menor también deberán incluirse las referidas a su convivencia con [medio]hermanos nacidos tras la ruptura de*

203. En la SAPZ, Secc. 2ª, 347/2011, de 21 de junio, se dice que *la existencia de un hermano mayor de edad [que parece va a seguir conviviendo con la madre] teniendo en cuenta la diferencia de edad [el menor de edad tiene 6 años] no puede en este caso considerarse relevante a los efectos de excluir la custodia compartida.*

204. En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 257/2012, de 9 de mayo, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 14/11/2011, salvo en el punto relativo a la asignación compensatoria, se mantiene la guarda y custodia del hijo menor a favor del padre atendidos los acuerdos a que llegaron ambos progenitores en proceso de mediación familiar y las recomendaciones del informe de la psicóloga. En la sentencia se dice que el hermano mayor de edad vive con la madre. Desde la separación de sus padres Víctor vive con su padre, abuela y tío paterno, en tanto que David, el hijo mayor, vive con la madre, con quien Víctor se relaciona de una forma regular los fines de semana alternos y los miércoles desde la salida del colegio hasta las 20 horas. La relación del hijo mayor con su padre reconocen ambos progenitores que se ha deteriorado y también la de ambos hermanos. La relación fraterna le produce a Víctor un gran malestar psicológico que, teniendo en cuenta su inestabilidad, puede ejercer una influencia negativa sobre él.

205. SAPZ, Secc. 2ª, 378/2012, de 3 de julio: En primera instancia, por indicación del informe psicosocial y por la conveniencia de evitar su separación, se acuerda que la custodia individual de los hijos, de 17 y 15 años, pase de la madre al padre; pero en segunda instancia, el mayor ya tiene 18 años, y ambos manifiestan querer seguir viviendo con la madre; la Audiencia, con fundamento en la opinión de los hijos *y también debe tenerse en cuenta, conforme al art. 80.4 que contiene el principio de no separar en lo posible a los hermanos, el hecho de que Arturo, mayor de edad, haya decidido permanecer con su madre, por lo que de mantenerse el actual sistema conllevaría otra problemática añadida para la menor Nerea.*

206. La guarda y custodia de los dos hermanos correspondía originariamente a la madre, pero atendiendo a la opinión del mayor, de 13 años de edad, que desea vivir con su padre y tiene un sentimiento de rechazo hacia su madre, se acuerda la custodia individual a favor del padre de los dos hijos, también de la menor que tiene 7 años. *La niña también ha pasado a vivir con el padre a fin de no separar a los hermanos, cuando realmente ninguna circunstancia individual concurría en ella para acordar el cambio de guarda y custodia, a tal punto que la niña siempre ha tenido como referencia a la madre, no al padre, como el mismo reconoce; y ya hemos indicado la distinta disponibilidad personal durante el día de uno y otro progenitor y la capacidad de la madre para educar y cuidar a sus hijos. En el presente caso, a la vista del art. 80.4 CDFA, ninguna circunstancia específica aconseja la separación de los hermanos, y no lo es la buena relación que la niña mantiene con su madre (como también con su padre), incluso después de la atribución provisional de la guarda y custodia al padre. Los informes periciales emitidos tampoco aconsejan esa drástica medida, sino todo lo contrario, como aclaró la psicóloga en la vista ("tienen que ir en el mismo paquete", dijo literalmente)* (SAPH, Secc. 1ª, 311/2011, de 16 de diciembre).

Una vez adoptada una decisión sobre María, de 10 años de edad, que ha manifestado en la exploración judicial que está bien con el sistema por el que actualmente se rigen las visitas con el padre, es de aplicación el art. 80.4 CDFA, de modo que la decisión afecta también a su hermano Juan, de 7 años de edad (STSJA 27/2012, de 24 de julio).

la convivencia de sus padres, como dice la STSJA 39/2012, de 27 de noviembre (*cfr.* art. 117 CDFA)<sup>207</sup>.

Es un principio general que admite excepciones: la presencia de circunstancias que justifiquen específicamente la separación de los hermanos, como puede ser la opinión de los mayores de catorce años que la Ley valora con especial consideración. En dos ocasiones se acuerda la custodia repartida de los hijos menores comunes (hermanos de doble vínculo)<sup>208</sup>.

La SAPZ, Secc. 2ª, 413/2012, de 13 de julio, revoca en parte la del JPII de Tarazona de 8/11/2011, en el único sentido de extender los fines de semana alternos hasta el lunes a la entrada del colegio, facultándose a Marcos, el hijo mayor de 16 años de edad, para a su voluntad quedarse o no a dormir en casa de su padre los martes y jueves cuyas tardes tiene señaladas a su favor en su régimen de visitas. Los dos hermanos pequeños, de 14 y 9 años de edad, prefieren seguir como siempre –fines de semana alternos y dos tarde entre semana sin pernocta-. Dice la Audiencia que *el principio de no separación de los hermanos no padecerá por el hecho de que, dada su edad, Marcos decida, cuando lo haga, quedarse con su padre las noches en que este quiere se prolonguen las dos tardes que tiene atribuidas*.

## 6. La exclusión legal de uno de los padres de la guarda y custodia por violencia doméstica o de género (art. 80.6).

El art. 80.6 señala que *no procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurrido 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 progenitor o de los hijos, y se haya dictado reso-*

207. La atribución de la custodia al padre conlleva la separación de los hermanos (en puridad, medio hermanos o hermanos de vínculo sencillo), en el caso de la SAPH, Secc. 1ª, 320/2011, de 28 de diciembre, que confirma en este extremo la del JPII núm. 1 de Jaca de 9/2/2011. Pero el informe pericial practicado considera que *no es tan relevante para el desarrollo del menor en el momento actual que se traslade al domicilio de los abuelos maternos para convivir con su hermano menor, sino que son mucho más prioritarios los aspectos señalados (estabilidad, servicios disponibles y entorno conocido) en relación a la consecución de los objetivos que se plantean y a la satisfacción de sus necesidades, dado su trastorno de desarrollo*. Por otro lado, resalta la Sala que el domicilio de los abuelos maternos en un pueblo de Madrid, en el que viven también la madre con su hijo pequeño y la bisabuela, sólo cuenta con tres habitaciones.

En cambio, en el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 234/2012, de 2 de mayo (*casada* por la STSJA 39/2012, de 27 de noviembre), la Sala recurre al principio de no separación de los medio hermanos para reforzar su decisión de revocar la custodia compartida acordada por el Juzgado. Dice así: “Pese a que se ha mantenido en la instancia la irrelevancia de la separación de los hermanos (medio hermanos por parte de madre) con el cambio pedido e instaurado, esta Sala entiende que habiendo vivido Adrián el nacimiento y crianza de su hermano materno de casi dos años, con el que está especialmente vinculado, no se entiende la causa que puede motivar su separación en estos momentos, alterando su vida cotidiana, en la que se encuentra plenamente adaptado y que requiere pautas y rutinas estables, cuando, además, el art. 80.4 CDFA prevé con un carácter muy excepcional dicha solución”.

208. En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 127/2011, de 8 de marzo, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 2/11/2010, el Juez concede la custodia de una hija al padre y la de la otra a la madre, de 13 y 16 años de edad respectivamente. Dice la Sala que *el principio general de no separar a los hermanos admite excepciones (circunstancias que lo justifiquen dice la Ley) y también se valora con especial consideración, dice el art. 6.2.c [80.2.c], la opinión de los mayores de 14 años, [...] por lo expuesto debe considerarse que no se perjudica el interés de las menores en este caso con la decisión del juzgador de instancia, teniendo en cuenta la edad de las hermanas y las circunstancias familiares que no harán dificultoso el contacto entre ellas más allá del periodo de visitas, aparte de respetar su voluntad libremente expresada, de indudable trascendencia como ya se ha indicado*.

La SAPZ, Secc. 2ª, 443/2012, de 23 de julio, desestima el recurso del padre en solicitud de custodia compartida para que ambos hijos vuelvan a vivir juntos, y confirma la sentencia de instancia que mantiene la separación de los hermanos resultante del convenio regulador suscrito por los padres. Entiende la Audiencia que el proyecto del padre es rebuscado y tiene finalidad exclusivamente económica, conectada con el uso de la vivienda familiar y el pago de la pensión al hijo menor.

*lución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.*

Así que, según señala el Preámbulo (núm. 10), *una de las causas que expresamente prevé el artículo 80 para no otorgar la custodia, ni individual ni compartida, es la violencia doméstica o de género, en línea con el compromiso asumido por los poderes públicos para prevenir, erradicar y castigar la violencia doméstica en todos los ámbitos de la sociedad.*

Regulación que hay que completar con lo dicho en Disposición Adicional 4ª del CDFa: *Los casos de atribución de la guarda y custodia previstos en el apartado 6 del artículo 80 del presente Código serán revisables en los supuestos de sentencia firme absolutoria.*

Si la sentencia firme absolutoria es previa al procedimiento en que se decide sobre la guarda y custodia del hijo, no concurre ya, como dice la SAPH, Secc. 1ª, 7/2012, de 24 de enero, el impedimento legal previsto en el art. 80.6 CDFa para que el progenitor imputado y luego acusado de los delitos en él citados pueda asumir la guarda y custodia del menor.

El art. 80.6 *asume en Aragón lo establecido en el art. 92.7 del Código civil pero exigiendo que se haya dictado resolución judicial motivada, que se constate la presencia de indicios racionales de criminalidad, de manera que no es suficiente la simple denuncia para provocar la exclusión de la custodia compartida o de la individual*<sup>209</sup>. Esa resolución motivada podría ser, por ejemplo, un auto en el que se acuerde la continuación de las iniciales diligencias previas como procedimiento abreviado<sup>210</sup>. La falta de dicha resolución motivada, así como el Auto de sobreseimiento, impiden apreciar la causa de exclusión del art. 80.6<sup>211</sup>.

La SAPZ, Secc. 2ª, 242/2011, de 3 de mayo, se plantea si en los procesos penales a que se refiere el art. 6.6 de la Ley 2/2010 [actual art. 80.6 CDFa] está incluido el proceso penal de juicio de faltas por injuria y vejación injusta del art. 620.2º Cp. Indica la Sala que *la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección de la violencia de género, introdujo “ex novo” diversos tipos penales elevando a delito diversas*

209. SAPZ, Secc. 2ª, 242/2011, de 3 de mayo, y otras de la misma Sala como las 14 y 160 /2012, de 17 de enero y 27 de marzo.

Con más detalle y precisión dice Martínez de Aguirre (2011, pp. 153-154) que “el precepto tiene como finalidad evidente asumir para el Derecho aragonés la regla contenida en el art. 92.7 Cc., pero corregida en algunos aspectos significativos: i) la exigencia de que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constate la presencia de indicios racionales de criminalidad, de manera que no bastan las simples denuncias para provocar la aplicación del precepto; ii) la previsión de que en tales casos no solo no procede la custodia compartida, sino tampoco la individual, a diferencia del Cc., que menciona únicamente la compartida, lo que ha sido criticado, con razón, por la doctrina; iii) la inclusión de la violencia de género, junto a la doméstica, a la hora de fijar las causas que pueden llevar al Juez a denegar la custodia, si considera que hay indicios fundados de su concurrencia.”

210. S. Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Zaragoza de 7/5/2012.

211. En el recurso de apelación no se insiste en la causa de exclusión de la custodia compartida en base a lo dispuesto en el art. 80.6 CDFa, *por cuanto no sólo no consta resolución judicial motivada en la que se constate indicios fundados y racionales de criminalidad, o indicios fundados de violencia doméstica o de género, sino que obra aportado como prueba documental (folio 275) Auto de sobreseimiento provisional y archivo del Juzgado de Violencia de Género de 12/5/2010 en las diligencias previas incoadas, por lo que no procede apreciar la indicada causa de exclusión como indica el Juzgador de instancia en su Fundamento Jurídico Tercero (SAPZ, Secc. 2ª, 507/2012, de 11 de octubre).*

acciones que con anterioridad constituían simples faltas penales, constituyendo el art. 620.2º Cp. una de las escasas faltas de violencia de género no elevadas a la categoría de delito por razón de la víctima y su vinculación con el autor de la falta.

Sin embargo –añade–, si nos atenemos a los procesos penales a los que se refiere el art. 6.6 LIRF no parece que esté en ellos incluido el seguido contra el recurrente generador finalmente de una falta del art. 620.2 Cp., refiriéndose todos los mencionados en la norma a los tipos de delito indicados en el Libro II, Títulos III, VI, VII y VIII del Cp., criterio que parece deducirse en la exigencia de que se dicte resolución motivada en la que se constate la presencia de indicios razonables de criminalidad. Nos parece igualmente muy revelador que en el preámbulo IX de la Ley 2/2010 se indica expresamente que “la disposición adicional cuarta, referida a los supuestos de privación de la custodia por la existencia de indicios fundados de violencia doméstica u otros delitos contenidos en el ámbito familiar, establece que la sentencia absolutoria firme de los citados delitos será causa de revisión del régimen de custodia”, pareciendo pues clara la intención del legislador de no incluir los tipos penales por falta en la exclusión legal.

Debe finalmente tenerse en cuenta que en tema de restricción de derechos como es el caso, y especialmente afectando el mismo a un bien de especial protección como es el interés del menor, que podría resultar afectado, no cabe hacer pues una interpretación extensiva del precepto indicado en perjuicio de dicho interés si se considera que la custodia compartida o la individual del progenitor condenado es más favorable a dicho interés, por lo que consideramos que el proceso penal y la falta subsiguiente a la que ha sido condenado el recurrente, dado por otro lado la escasa entidad de los hechos enjuiciados, como se desprende del *factum* de la Sentencia penal, no es causa de exclusión legal de la custodia compartida por el mismo solicitada, debiéndose entrar a dilucidar la conveniencia o no de fijar dicha forma de custodia<sup>212</sup>.

En cambio, en el supuesto de hecho de la SAPZ, Secc. 2ª, 14/2012, de 17 de enero, la madre recurrente ha sido condenada como autora de un delito de lesiones en el ámbito familiar a la pena de 8 meses de prisión y de prohibición de comunicación con el recurrido de dos años, se trata pues de un proceso penal incluido en el supuesto de exclusión de la guarda y custodia, no encontrándose extinguida la pena, en consecuencia procede confirmar la sentencia en este apartado: la guarda y custodia del hijo menor se atribuye al padre. Hay otros tres casos de aplicación del art. 80.6<sup>213</sup>.

212. La Audiencia otorga la custodia compartida.

La SAPZ, Secc. 2ª, 374/2011, de 28 de junio, dice, en relación a un juicio de faltas contra el padre en el que se le condena por una falta de vejación a la madre a la pena de cuatro días de localización permanente en su domicilio, que es claro que la calificación de los hechos, por su escasa gravedad y etiología, no entraña, a la vista de la normalización operada en la relación de los litigantes, el obstáculo legal contemplado en el art. 6-6 de la Ley 2/2010 de Igualdad en las Relaciones Familiares, como así ha declarado recientemente esta Sala en caso similar.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 352/2012, de 19 de junio, se reitera lo dicho en la sentencia de 3/5/2011 ante la alegación por el padre del olvido de lo dicho en el art. 80.6, habiendo sido condenada la madre por varias faltas contra él.

213. La SAPH, Secc. 1ª, 11/2012, de 27 de enero, confirma en este apartado la del JPII núm. 2 de Huesca de 20/1/2011 que atribuye la guarda y custodia a la madre. Por sentencia de 8/2/2010, el padre fue condenado por el JPII núm. 2 de Huesca, como autor de un delito de amenazas a su entonces esposa (art. 171.4 Cp.), a las penas correspondientes, entre las que se encuentran las prohibiciones de aproximación y comunicación con la demandante por tiempo de tres años. Por tanto, habiendo mediado dicha condena, que todavía está vigente, no procede atribuir al padre la guarda y custodia del niño de 6 años de edad, ni individual ni compartida, conforme al art. 80.6 CDFA. No se puede prescindir esta norma



Si el precepto es de aplicación a uno solo de los progenitores, el Juez debe conceder la custodia individual al otro. Si es de aplicación a los dos, entonces ninguno de los padres deberá ostentar la guarda y custodia, y será el Juez quien deberá acordar lo procedente, al amparo del art. 79<sup>214</sup>.

La situación de prisión provisional de uno de los padres, o la de libertad provisional, y con mayor motivo la prisión por delito juzgado, suele ser una circunstancia que, en virtud del prevalente interés del menor, aconseja establecer la custodia a favor del otro progenitor<sup>215</sup>.

## XI.- SENTENCIAS DEL TSJA O DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES QUE ESTABLECEN LA CUSTODIA INDIVIDUAL.

Sabemos que, como dice el art. 80.5, *la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor, pero esa objeción de uno de los progenitores unida al resultado de la valoración de la prueba practicada en las instancias lleva a los tribunales a decidir con alguna frecuencia que lo más conveniente para el menor en el caso de autos es la custodia individual. Así, por ejemplo, en la SAPZ, Secc. 2ª, 62/2012, de 7 de febrero, se dice: La prueba practicada, evaluada a la luz del citado precepto [art. 80.2 CDFA], muestra como es la custodia individual a favor de la madre la medida que se revela más adecuada para preservar el superior interés del menor, designio este al que debe ajustarse toda decisión, resolución o medida que afecte a los menores (art. 76 CDFA).*

### 1. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Hemos indicado antes que, de los 17 casos de guarda y custodia que han llegado al TSJA en estos dos primeros años de vigencia de la Ley 2/2010, 9 han terminado con custodia compartida y otros 8 con custodia individual a favor de la madre. De las 8 sentencias de custodia individual:

a) *Siete confirman la custodia individual a favor de la madre acordada por la Audiencia al entender que concurren razones para excepcionar la preferencia legal por la custodia compartida.*

---

imperativa, a pesar del deseo del niño de vivir con el padre y a pesar de que la madre ha tenido que trasladarse a vivir a Málaga por razones laborales.

La SAPZ, Secc. 2ª, 107/2012, de 28 de febrero, confirma en este extremo la del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Zaragoza de 18/7/2011 que había atribuido la guarda y custodia de los menores a la madre por existir una condena por delito de lesiones leves en el ámbito familiar impuesta al padre (art. 80.6 CDFA).

La SAPZ, Secc. 2ª, 265/2012, de 15 de mayo, en autos de divorcio contencioso, confirma la custodia individual a favor de la madre atribuida por la S. del Juzgado de Violencia sobre la mujer núm. 1 de Zaragoza de 1/12/2011, porque concurre claramente la causa de exclusión del padre de la custodia del art. 80.6 CDFA, existiendo resolución motivada en la que se constata indicios fundados de criminalidad, teniendo en cuenta el escrito de acusación del Ministerio Fiscal aportado por la madre.

214. Así lo dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2011, p. 154.

215. En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 421/2012, de trece de julio, se priva a la madre de la custodia individual y se concede al padre, en razón de los presuntos delitos de tráfico de estupefacientes y asociación ilícita en que puede haber incurrido la madre según auto del Juzgado de Instrucción.



1. La STSJA 10/2011, de 30 de septiembre, confirma la SAPZ, Secc. 2ª, 177/2011, de 29 de marzo, que había confirmado a su vez la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 26/11/2010 que atribuyó la custodia individual a la madre sobre la hija, de 2 años de edad, y rechazó la petición de custodia compartida del padre, valorando especialmente el informe psicosocial practicado. Dice el TSJA que *es claro que ambos progenitores pueden ejercer, en forma compartida, la guarda y custodia, siempre que de los autos resulte su aptitud, idoneidad y voluntad de ejercicio. Pero en el caso de autos, la prueba practicada (informe pericial e interrogatorios), según ha sido valorada en las instancias procesales, y que no puede ser combatida en este recurso de naturaleza extraordinaria, muestra que el recurrente carece en la actualidad de esas aptitudes. Expresa la Audiencia Provincial que “el padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor”; y esta sencilla explicación es razón suficiente para excluir la custodia compartida en la forma solicitada, y atribuir la a la madre quien, por el contrario, ha adoptado una actitud comprometida con la atención de la hija y su educación.*

2. La STSJA 4/2012, de 1 de febrero, desestima el recurso de casación y confirma la SAPZ, Secc. 2ª, 333/2011, de 14 de junio, que revoca la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 27/1/2011 que había otorgado la custodia compartida por años alternos, y otorga la custodia individualmente a la madre con base en los informes periciales y la opinión de la mayor de las hijas, de 10 años de edad (la pequeña tiene 6 años). El TSJA entiende que *la Audiencia Provincial ha explicado pormenorizadamente las razones por las que revoca, en el punto concerniente a la guarda y custodia de las menores, la decisión del Juez de Primera Instancia. Y lo hace fundada en la valoración de las pruebas periciales practicadas en autos, que son coincidentes en rechazar la custodia compartida aconsejando la individual a favor de la madre. Además valora pormenorizadamente la prueba practicada en la segunda instancia, por exploración de la menor que ha alcanzado los diez años de edad, y que se muestra favorable a la estancia con su madre. Dichas consideraciones probatorias, ampliamente motivadas, no son revisables en casación. [...] En definitiva, esta Sala no aprecia infracción de los preceptos denunciados en la sentencia recurrida, sino que la Audiencia ha realizado una ponderación razonable y debidamente motivada de los factores concurrentes, no contraria a la lógica.*

3. La STSJA 5/2012, de 8 de febrero, desestima el recurso de casación y confirma la SAPZ, Secc. 2ª, 374/2011, de 28 de junio, que desestima el recurso de apelación y confirma la del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer núm. 1 de Zaragoza de 15/12/2010 que atribuye a la madre la guarda y custodia de las dos hijas del matrimonio, de 8 y 5 años de edad. La Audiencia descarta la aplicación del art. 80.6 CDF, pero en base a los informes periciales psicológico y de valoración social emitidos en las actuaciones considera que la custodia individual a favor de la madre es más conveniente para las menores. El TSJA entiende que *la sentencia de apelación hace una valoración de los aspectos más relevantes recogidos de dicho informe psicosocial, como el trabajo a turnos del padre, la jornada laboral reducida de la madre, la falta de costumbre e iniciativa del padre en los cuidados básicos de sus hijas y la menor disponibilidad horaria del mismo. Todo ello hace concluir al tribunal de apelación que, como aconseja el informe psicológico, debe mantenerse la custodia de la madre como situa-*

*ción más acertada para preservar el prioritario interés de las hijas. Así pues, la sentencia recurrida ha efectuado una valoración suficiente y razonada de la prueba practicada teniendo en cuenta los distintos factores puestos de manifiesto por los informes psicosocial y psicológico, que no puede ser revisada en casación al no ser irracional, ilógica o arbitraria (Ss. TS 28/11/2008, 8/7/2009, 10/9/2009 y 19/10/2009), lo que no sucede en el presente caso pues de tal valoración, basada en el conjunto de factores indicados recogidos en los informes técnicos, y en el parecer de éstos, se concluye que la custodia individual de la madre es el régimen más beneficioso para las menores.*

4. La STSJA 24/2012, de 5 de julio, desestima el recurso de casación y confirma en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo la SAPZ, Secc. 2ª, 77/2012, de 21 de febrero, a su vez confirmatoria de la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 15/9/2011, que desestimó la demanda del padre que solicitaba el establecimiento de la custodia compartida, de modo que se mantiene la custodia individual inicialmente acordada, si bien, tal y como acordó el Juzgado, se amplía el régimen de visitas a favor del padre. Con base en el informe psicosocial, en la voluntad de los menores, recogida tanto en el informe pericial como en la exploración practicada en la segunda instancia, y en el informe del Ministerio Fiscal, se acordó que la custodia individual era más beneficiosa para los hijos, de modo que no existe la infracción del art. 80.2 que el recurrente argumenta como motivo de su recurso.

5. La STSJA 27/2012, de 24 de julio, desestima el recurso de casación interpuesto por el padre y confirma plenamente la SAPZ, Secc. 2ª, 137/2012, de 13 de marzo, que había confirmado la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 15 de junio de 2011 que en autos de modificación de medidas de divorcio había desestimado la demanda de custodia compartida formulada por el padre, con el consiguiente mantenimiento de la custodia individual a favor de la madre. Dice el TSJ que el caso de autos debe ser tratado como caso límite. La prueba pericial practicada por la psicóloga del juzgado considera procedente la custodia compartida, mientras que la prueba practicada en el acto del juicio, a la que el juez otorgó valor de pericial, estima necesario mantener la estabilidad emocional de los menores. La Audiencia ha llevado a cabo la exploración de la hija de 10 años de edad, que manifestó que está bien con el sistema actual, lo que ha sido especialmente tenido en cuenta para confirmar la decisión de primera instancia a favor de la custodia individual de la madre. La valoración de la prueba practicada se ajusta a lo establecido en el art. 80.2, y tiene en cuenta los factores referidos a las edades de los hijos (de 7 y 10 años) y a la opinión expresada por la mayor de ellos.

6. La STSJA 28/2012, de 24 de septiembre, desestima el recurso de casación interpuesto por el padre y confirma la SAPZ, Secc. 2ª, 159/2012, de 27 de marzo, que había revocado la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 5 de septiembre 2011 que, en autos de modificación de medidas definitivas de divorcio, había estimado parcialmente la demanda del padre y acordado la custodia compartida por semanas alternas, entre otros extremos, para en su lugar restablecer la custodia individual a favor de la madre resultante de la sentencia de divorcio con algunas modificaciones posteriores. La Sala no advierte infracción alguna del art. 80.2 CDFA porque en la sentencia de segunda instancia se ha realizado una detallada valoración

*de la prueba practicada al amparo del art. 80.2 CDFA en sus apartados c), expresamente mencionado en la sentencia recurrida y referente a la opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio, y d), en el extremo que alude a la aptitud de los progenitores para asegurar la estabilidad de los menores. Y a partir de esos hechos declarados probados en la sentencia de apelación, la Audiencia concluye que en el supuesto enjuiciado concurren circunstancias que aconsejan como más conveniente para el interés del menor el mantenimiento de la custodia individual a favor de la madre.*

7. La STSJA 34/2012, de 19 de octubre, desestima el recurso de casación interpuesto por el padre y confirma la SAPH, Secc. 1ª, 55/2012, de 16 de marzo, que a su vez había confirmado la del JPII núm. 1 de Huesca de 18/10/2011 que, en autos de modificación de medidas definitivas de divorcio consensual, había desestimado la demanda formulada por el padre en solicitud de custodia y mantenido las medidas del convenio regulador del divorcio que establece la custodia individual a favor de la madre. El TSJA, en primer lugar, desestima la petición de nulidad de la sentencia recurrida formulada por el Ministerio Fiscal al amparo del art. 238.3º LOPJ, por considerar que se ha producido la infracción del principio de tutela judicial efectiva (art. 24.1 Const.) al no haber sido oído el menor de 10 años y nueve meses en el momento de ser dictada la sentencia de apelación. Dice el TSJA que la menor fue oída por los cuatro profesionales que intervinieron en el procedimiento, quienes trasladaron al Juzgado las impresiones percibidas de ella en las entrevistas habidas para la elaboración de sus informes, y ninguna de las partes, ni el Ministerio Fiscal, consideró necesaria la exploración, ni se echó en falta en ninguno de los trámites procesales. Por lo demás, no cabe elevar a la categoría de derecho fundamental del niño la necesidad de ser explorado de forma directa por los tribunales en todos los casos. En cuanto a la denuncia de infracción del art. 80.2 CDFA por inaplicación del criterio preferente de custodia compartida, alegada como único motivo de casación, entiende el TSJA que el análisis que la sentencia realiza de la prueba practicada, en particular los informes periciales en los que se recogen las manifestaciones de las menores, cumple adecuadamente las reglas indicadas razonando suficientemente la decisión adoptada, por lo que no se aprecia infracción del art. 80.2 del CDFA.

b) *Una revoca la custodia compartida* establecida por la Audiencia para acordar en su lugar la custodia individual a favor de la madre por estimar acreditado que ésta es más conveniente.

La STSJA 8/2011, de 13 de julio, estima el recurso de infracción procesal interpuesto por la madre contra la SAPT, Secc. 1ª, 4/2011, de 11 de enero, que anula, y en su lugar confirma el fallo recaído en primera instancia. La sentencia de la Audiencia revoca la del JPI núm. 3 de Teruel de 1/7/2010 que había atribuido la guarda y custodia del menor, que al tiempo de interposición de la demanda no contaba con dos años de edad, a la madre, y acuerda que la guarda y custodia sea compartida por ambos progenitores por días en la forma en que actualmente la desarrollan, sin perjuicio de ampliar los periodos de convivencia, de acuerdo con el plan que los cónyuges deben establecer. El TSJA estima el recurso extraordinario por infracción procesal, en el motivo formulado al amparo del art. 218.2 Lec.,

referido a la exigencia de motivación de las sentencias. *La argumentación de la Audiencia no resulta coherente. No deben los tribunales acordar una medida, que afecta a derechos eminentemente personales de menores, cuando dicha solución es considerada poco conveniente; ni hay razones para instar a las partes a la sustitución de la forma de custodia que impone –pese a desvalorarla– “al menos cuando el menor alcance la edad suficiente para la escolarización obligatoria”, pues no hay motivos que conduzcan a la modificación a partir de ese momento, ni las razones que a ello conducen se exponen en la fundamentación jurídica del fallo.* Entrando a conocer del fondo del asunto, el TSJA considera que la Audiencia Provincial ha incurrido en infracción de los preceptos denunciados: 80.2 y 76.2 CDFEA. Por una parte, porque *en el caso presente resulta más conveniente la custodia individual de la madre, atendiendo a la prueba practicada y al factor que el propio legislador considera en primer lugar, cual es la edad del niño, que se encuentra en la primera infancia. Además, porque no debe establecerse el sistema de guarda y custodia compartida sin contar con el plan de relaciones familiares que la ley exige.*

Resulta de estos datos que la inmensa mayoría de los casos de custodia individual del TSJA son confirmación de lo ya acordado así en las Audiencias y sólo hay un caso de sustitución de la custodia compartida por la individual. En cambio, de las 9 sentencias del TSJA de custodia compartida, 6 proceden de la revocación de la sentencia de la Audiencia que había acordado la custodia individual y sólo 3 son confirmación de la custodia compartida o mixta ya acordada. Así que 6 casos de custodia individual se transforman por el TSJA en custodia compartida, mientras que un solo caso de custodia compartida pasa a ser de custodia individual por decisión del TSJA.

## 2. Sentencias de las Audiencias Provinciales de Aragón.

De las 95 sentencias de apelación que en estos dos años acuerdan la custodia individual, 37 (un 38,9 %) son de procedimientos de establecimiento de medidas de guarda y custodia (divorcio, separación, guarda y custodia de menores no matrimoniales) y otras 58 (un 61,1 %) de procedimientos de modificación de medidas establecidas en procedimiento anterior.

|  |             |
|--|-------------|
| Sentencias que acuerdan la custodia individual.  | 95          |
| En procedimientos de establecimiento de medidas: | 37 (38,9 %) |
| En procedimiento de modificación de medidas:     | 58 (61,1 %) |

Pero, como ya hemos visto, son 37 sentencias de un total de 55 dictadas en procedimientos de establecimiento de medidas, lo que supone un 67,3 %, y son 58 sentencias de un total de 87 dictadas en procedimientos de modificación de medidas, lo que representa un 66,7 %. El tipo de procedimiento, por tanto, es un dato del todo irrelevante.

Por otra parte, de las 95 sentencias de custodia individual de las Audiencias, una inmensa mayoría, 84 (un 88,4 %), son confirmatorias de la de primera instan-



cia, 9 revocan la custodia compartida del Juzgado (9,5 %) y 2 modifican la custodia individual procedente de primera instancia (un 2,1 %).

|  |             |
|--|-------------|
| Sentencias de Audiencia que acuerdan la custodia individual: | 95          |
| Confirman la sentencia de primera instancia:                 | 84 (88,4 %) |
| Revocan la custodia compartida del Juzgado:                  | 9 (9,5 %)   |
| Modifican la custodia individual del Juzgado:                | 2 (2,1 %)   |

El porcentaje de revocación de custodias compartidas es muy superior al de revocación o modificación de custodias individuales: de 48 casos de custodia compartida se revocan 9 (18,7 %), mientras que de 94 casos de custodia individual se revocan o modifican 10 (10,6 %). Algunas de estas revocaciones de custodias compartidas han sido confirmadas por el TSJA<sup>216</sup> y, por ahora, una ha sido casada para volver al sistema de custodia compartida<sup>217</sup>.

De los 11 casos de sentencias de custodia individual de las Audiencias con revocación o modificación de la custodia acordada por el Juzgado, 9 son casos en los que la inicial custodia compartida se revoca para establecer en su lugar la custodia individual, a favor de la madre en 8 ocasiones<sup>218</sup> y a favor del padre en una<sup>219</sup>; hay dos casos en los que la modificación de la sentencia del Juzgado es para cambiar de un padre a otro la custodia individual: en un caso pasa del padre a la madre<sup>220</sup> y en otro de la madre al padre<sup>221</sup>.

216. La SAPZ, Secc. 2ª, 333/2011, de 14 de junio, ha sido confirmada por la STSJA 4/2012, de 1 de febrero, y la SAPZ, Secc. 2ª, 159/2012, de 27 de marzo, ha sido confirmada por la STSJA 28/2012, de 24 de septiembre.

217. La SAPZ, secc. 2ª, 511/2011, de 13 de octubre, ha sido casada por la STSJA 22/2012, de 6 de junio.

218. Ss. APZ, Secc. 2ª, 333/2011, de 14 de junio, que revoca la del JPI num. 6 de Zaragoza de 27/1/2011; APZ, Secc. 2ª, 511/2011, de 13 de octubre, que revoca la del JPI núm. 6 de Zaragoza 31/3/2011; APZ, Secc. 2ª, 68/2012, de 14 de febrero, que revoca la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 5/9/2011; APZ, Secc. 2ª, 62/2012, de 7 de febrero, que revoca la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 30/6/2011; APZ, Secc. 2ª, 159/2012, de 27 de marzo, que revoca la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 5/9/2011; APZ, Secc. 2ª, 234/2012, de 2 de mayo, que revoca la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 19/12/2011 (casada por STSJA 39/2012, de 27 de noviembre); APZ, Secc. 2ª, 330/2012, de 12 de junio, que revoca la del JPI núm. 1 de Ejea de los Caballeros de 23/1/2012; y APZ, Secc. 2ª, 423/2012, de 13 de julio, que revoca la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 21/11/2011.

219. La SAPZ, Secc. 2ª, 350/2012, de 19 de junio, revoca la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 5/9/2011, que había establecido el ejercicio compartido de la guarda y custodia mediante alternancia de periodos de dos meses sobre una menor parapléjica de 16 años de edad, permaneciendo la menor en el uso de la vivienda familiar y alternándose los progenitores en dicho uso, y, en su lugar, se otorga al padre la custodia de la hija y a ambos (padre e hija) el uso de la vivienda familiar adaptada a su minusvalía hasta que ésta cumpla los 18 años de edad, fecha a partir de la cual los litigantes deberán alcanzar un acuerdo sobre su venta o adjudicación, en liquidación del bien común. Pese a lo aconsejado por los informes periciales, psicológico y social, la madre no quiere la alternancia en la vivienda familiar y la hija en la exploración manifiesta querer quedarse en la vivienda familiar. Dice la Audiencia que no puede obligarse a la madre a que viva periódicamente en Grisén.

220. La SAPZ, Secc. 2ª, 378/2012, de 3 de julio, revoca la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 20/9/2011 que había otorgado la custodia individual al padre sobre dos hijos de 17 y 15 años, y en su lugar mantiene la custodia individual de la madre. El informe psicosocial es favorable a la custodia del padre. Los hijos, uno ya ha cumplido los 18 años, no quieren vivir con él. Hay que preservar el principio de no separar en lo posible a los hermanos. El posible fracaso escolar no puede achacarse a la responsabilidad exclusiva de la madre. Por todo ello se mantiene la custodia individual de la madre. No se debate la posibilidad de la custodia compartida.

221. La SAPZ, Secc. 2ª, 421/2012, de 13 julio, revoca la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 23/12/2011, que había mante-



|   |    |
|---|----|
| Sentencias de custodia individual que revocan la del Juzgado: | 11 |
| Custodia individual a favor de la madre:                      | 9  |
| Custodia individual a favor del padre:                        | 2  |

Las razones por las que se revoca la custodia compartida y se sustituye por la individual en 9 casos son las siguientes: (1) los informes periciales y la opinión de la hija de 10 años de edad (confirmada por TSJ)<sup>222</sup>, (2) la falta de una real predisposición y voluntad en el padre para la asunción de la custodia compartida (casada por el TSJA)<sup>223</sup>, (3) la edad de la menor que tiene tres años<sup>224</sup>, (4) la falta de un plan de adaptación de la vida laboral del padre<sup>225</sup>, (5) la opinión del menor de 9 años y el informe pericial (confirmada por el TSJ)<sup>226</sup>, (6) las importantes contradicciones y carencias del informe psicológico y para no separar el menor de su medio hermano (casada por el TSJA)<sup>227</sup>, (7) los informes psicológico y social y el

nido la custodia individual de la madre, y la atribuye al padre, porque la madre ha estado en prisión provisional y ahora se halla en libertad provisional a la espera de juicio por delitos de tráfico de estupefacientes y asociación ilícita.

222. La SAPZ, Secc. 2ª, 333/2011, de 14 de junio, revoca la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 27/1/2011 que había otorgado la custodia compartida por años alternos, y otorga la custodia individualmente a la madre con base en los informes periciales y la opinión de la mayor de las hijas, de 10 años de edad. Confirmada por la STSJA 4/2012, de 1 de febrero.

223. La SAPZ, Secc. 2ª, 511/2011, de 13 de octubre, revoca la del JPI núm. 6 de Zaragoza 31/3/2011 que había acordado la custodia compartida y otorga la guarda y custodia a la madre. Hay voto particular del Presidente de la Sala que defiende que el interés del menor está mejor protegido con la custodia compartida tal como señala el informe psicosocial y mantiene el Ministerio Fiscal; añade que no puede sancionarse judicialmente una mera sospecha o conjetura sobre actuaciones futuras del padre, cuando se constata un cambio de actitud notable. La mayoría de la Sala, en cambio, concluye que la petición del padre carece de la consistencia necesaria en orden a demostrar su plena disponibilidad para asumir una custodia compartida, por basarse en meras previsiones (cambio de horario laboral) y no en realidades acompañadas de una dedicación efectiva y personal a la atención diaria del hijo. Y añade: "La ausencia de circunstancias anómalas en los progenitores no puede determinar la aplicación automática de una medida como la que nos ocupa si no va acompañada de una real predisposición y voluntad para la asunción de las responsabilidades que la misma conlleva". Sentencia casada por la STSJA 22/2012, de 6 de junio.

224. La SAPZ, Secc. 2ª, 62/2012, de 7 de febrero, revoca la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 30/6/2011 que había establecido la custodia compartida por semanas alternas, manteniendo la custodia individual a favor de la madre atribuida por la sentencia de divorcio en 2009, por entender que valorada la prueba practicada, y como factor muy relevante la edad de la menor, que en el momento de interposición de la demanda tenía tres años recién cumplidos (art. 80.2.a CDF), la custodia individual de la madre es el sistema más conveniente.

225. La SAPZ, Secc. 2ª, 68/2012, de 14 de febrero, revoca la SJPI núm. 5 de Zaragoza de 5/9/2011 en el sentido de atribuir a la madre la guarda y custodia de la hija de 2 años de edad, con sustitución de la custodia compartida establecida por el Juzgado, al no existir un plan de adaptación concreto por el padre de su vida laboral al cuidado de la menor.

226. La SAPZ, Secc. 2ª, 159/2012, de 27 de marzo, revoca la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 5/9/2011 que había establecido la guarda y custodia del menor de 9 años de edad con carácter compartido entre ambos progenitores, siendo la alternancia de una semana y de domingo a domingo desde las 20 h, y mantiene las medidas vigentes en virtud de las sentencias recaídas en pleitos de divorcio y de modificación de medidas posteriores, en concreto, la custodia individual del hijo menor a favor de la madre, con fundamento en la opinión del menor y el informe pericial. Confirmada por STSJA 28/2012, de 24 de septiembre.

227. La SAPZ, Secc. 2ª, 234/2012, de 2 de mayo, revoca la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 19/12/2011, que había acordado modificar el sistema de guarda y custodia a favor de la madre y establecer la custodia compartida. La Audiencia declara vigentes las medidas acordadas en la sentencia de divorcio de 2008 porque el informe psicológico practicado en el proceso en el que se sustenta la custodia compartida que otorga el juzgador adolece de importes contradicciones y carece de una exhaustiva consideración de las reales consecuencias del cambio de custodia, y también para no separar al menor de su medio hermano (casada por STSJA 39/2012, de 27 de noviembre).

resto de circunstancias concurrentes<sup>228</sup>, (8) la opinión de la hija parapléjica junto a la negativa de la madre a alternar la vivienda familiar<sup>229</sup>, (9) la edad y la opinión de la niña, junto a otros factores<sup>230</sup>.

De las 84 sentencias de Audiencia que confirman la custodia individual de primera instancia, la inmensa mayoría, 70 (un 83,3 %), son de custodia individual a favor de la madre que se otorga o se mantiene, pese a la oposición del padre, casi siempre con base en los informes periciales (tres confirmadas por el TSJA)<sup>231</sup>,

228. La SAPZ, Secc. 2ª, 330/2012, de 12 de junio, revoca la del JPI núm. 1 de Ejea de los Caballeros de 23/1/2012, que había establecido la custodia compartida por bimestres alternos, y acuerda mantener la custodia individual a favor de la madre como más beneficiosa para el menor, con ampliación del régimen de visitas a favor del padre. Todo ello con fundamento en los informes psicológico y social y el resto de circunstancias concurrentes: la propia opinión del menor (de 6 años de edad), su vinculación desde siempre con la madre, la ocupación laboral de ambos, la residencia en distintas localidades de ambos progenitores. Así igualmente lo indica el Ministerio Fiscal.

229. SAPZ, Secc. 2ª, 350/2012, de 19 de junio, ya reseñada antes.

230. La SAPZ, Secc. 2ª, 423/2012, de 13 de julio, revoca la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 21/11/2011, que había establecido la custodia compartida por semanas alternas, y la otorga a la madre. Pese a que el informe de la psicóloga aconseja la custodia compartida por semanas, la Audiencia estima que la corta edad de la niña, de 7 años, la expresión consciente de su opinión en la exploración judicial, su correcta adaptación familiar, social y educativa, y la cercanía de su residencia al Colegio al que asiste, hacen más conveniente que la niña permanezca bajo la custodia de la madre.

231. Por ejemplo: SAPZ, Secc. 2ª, 177/2011, de 29 de marzo, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 26/11/2010 que había atribuido a la madre la guarda y custodia de la hija común de 2 años de edad en base al informe psicosocial practicado. Confirmada por la STSJA 10/2011, de 30 de septiembre.

La SAPZ, Secc. 2ª, 269/2011, de 10 de mayo, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 15/10/2010 que había mantenido la atribución de la guarda y custodia del hijo común a favor de la madre con fundamento en la valoración de la pericial psicológica efectuada.

SAPZ, secc. 2ª, 374/2011, de 28 de junio, que confirma la del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer núm. 1 de Zaragoza de 15/12/2010: en base a los informes periciales psicológico y de valoración social emitidos en las actuaciones considera que la custodia individual a favor de la madre es más conveniente para las menores. Confirmada por la STSJA 5/2012, de 8 de febrero.

La SAPZ, Secc. 2ª, 386/2011, de 5 de julio, confirma la del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Zaragoza de 25/2/2011 que había atribuido la guarda y custodia de los menores, de 5 y 3 años de edad, a la madre, con fundamento en los informes periciales social y psicológico.

La SAPZ, Secc. 2ª, 456/2011, de 13 de septiembre, confirma la SJPI núm. 5 de Zaragoza de 9/12/2010 que había atribuido a la madre la guarda y custodia de los hijos comunes, de 5 y 4 años, con base en el informe psicosocial.

La SAPZ, Secc. 2ª, 522/2011, de 13 de octubre, confirma en este extremo la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 5/4/2011 que otorga la guarda y custodia a la madre, por ser la prueba aportada (informe de la psicóloga) contraria al sistema de custodia compartida.

La SAPZ, Secc. 2ª, 552/2011, 2 de noviembre, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 16/6/2011. Custodia para la madre con fundamento en el informe psicosocial.

La SAPZ, Secc. 2ª, 574/2011, de 15 de noviembre, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 25/4/2011 que mantiene la custodia individual a favor de la madre con base en el concluyente informe pericial psicosocial.

La SAPZ, Secc. 2ª, 622/2011, de 2 de diciembre, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 14/6/2011: De conformidad con el informe psicosocial, la Audiencia mantiene la custodia a favor de la madre.

La SAPZ, Secc. 2ª, 52/2012, de 7 de febrero, confirma en este extremo la SJPI núm. 5 de Zaragoza de 6/6/2011 que había mantenido la custodia individual de la madre con base en las recomendaciones de los informes periciales.

La SAPZ, Secc. 2ª, 155/2012, de 20 de marzo, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 17/11/2011 que había mantenido la custodia individual a favor de la madre en base al informe pericial de la psicóloga.

La SAPZ, Secc. 2ª, 305/2012, de 5 de junio, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 14/7/2011 que atribuye a la madre la guarda y custodia de la hija común. Se desestima la apelación del padre que pide custodia compartida en base a la prueba psicosocial practicada.

La SAPZ, Secc. 2ª, 391/2012, de 10 de julio, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 12/5/2011, que otorga la guarda y custodia a la madre, aun cuando por distintos motivos que los que se exponen en la misma. No se deniega la custodia compartida solicitada por falta de petición de la prueba psicológica, sino porque practicadas en segunda instancia la prueba psicosocial, la custodia individual a favor de la madre se revela como la más adecuada en beneficio e interés de los menores.

con cierta frecuencia en razón de la corta edad del hijo<sup>232</sup> o en ser ésta su opinión cuando tiene ya suficiente juicio (dos confirmadas por el TSJA)<sup>233</sup>, en ocasiones la causa es la escasa concreción del padre para organizar el cuidado del hijo (casada) o su dificultad para conciliar la vida familiar y laboral (casada en un caso)<sup>234</sup> o

También SAPZ, Secc. 2ª, 430/2012, de 20 de julio, entre otras recientes.

232 Por ejemplo: SAPZ, Secc. 2ª, 199/2011, de 12 de abril, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 30/11/2010 que atribuye la guarda y custodia de una niña de 18 meses a la madre. El plan de custodia compartida que propone el padre, que vincula ocio-descanso y fin de semana a uno de los progenitores, no puede aceptarse; la edad de la menor y el informe psicosocial inclinan a favor de la custodia individual a favor de la madre.

La SAPZ, Secc. 2ª, 572/2011, de 15 de noviembre, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 19/5/2011 que había atribuido la guarda y custodia de la hija de 19 meses de edad a la madre, en atención a la edad de la menor y a lo recomendado en el informe psicosocial.

La SAPZ, Secc. 2ª, 634/2011, de 2 de diciembre, confirma en este extremo la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 1/2/2011 que atribuye a la madre la guarda y custodia de las dos hijas comunes. El informe de la Psicóloga considera, como único motivo, que deben permanecer viviendo con la madre por su mayor disponibilidad horaria, y la Audiencia añade que también por la corta edad de la hija menor (3 años) y para no separar a las dos hermanas.

La SAPZ, Secc. 2ª, 70/2012, de 14 de febrero, confirma la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 20/6/2011: la Sala ratifica la custodia individual de la madre por entender que resulta lo más beneficioso para el menor, atendida su corta edad (2 años y 9 meses), la escasa concreción del padre en orden a la determinación de la organización cotidiana del cuidado del hijo, sin delegar en terceras personas (abuelos) y en orden a la compatibilidad de su horario laboral (art. 80.a, d y e del CDFa). Casada por la STSJA 30/2012, de 28 de septiembre.

233. La SAPZ, Secc. 2ª, 429/2011, de 15 de julio, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza 18/3/2011: La hija, de 12 años de edad, manifestó su preferencia por seguir como hasta ahora, con su madre y con el régimen de visitas señalado al padre, punto que confirma la Psicóloga del Juzgado.

La SAPZ, Secc. 2ª, 509/2011, de 13 de octubre, confirma en este extremo la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 15/4/2011 que había mantenido la custodia individual a favor de la madre con base en la voluntad del hijo menor, de 11 años de edad, así como lo expuesto en el informe psicosocial.

La SAPZ, Secc. 2ª, 573/2011, de 15 de noviembre, confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 28/6/2011: custodia individual para la madre con fundamento en el informe psicosocial y en la exploración del menor, de 11 años de edad.

La SAPZ, Secc. 2ª, 641/2011, de 12 de diciembre, confirma la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 3/5/2011: custodia de la hija de 10 años de edad para la madre, con fundamento en el informe psicosocial y en el deseo de la menor manifestado en la exploración judicial practicada.

La SAPZ, Secc. 2ª, 653/2011, de 20 de diciembre, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 9/6/2011 que atribuye a la madre la guarda y custodia de los dos hijos menores de 16 y 13 años de edad, con base en la exploración de los menores y en el informe pericial.

La SAPZ, Secc. 2ª, 77/2012, de 21 de febrero, confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 15/9/2011: custodia individual a favor de la madre; los menores (12 y 10 años) con juicio y madurez suficientes, cuya exploración se ha practicado en la 2ª instancia, son partidarios de mantener la relación con sus progenitores tal como se viene regulando en la actualidad.

La SAPZ, Secc. 2ª, 97/2012, de 28 de febrero, confirma la SJPI núm. 2 de Calatayud de 3/10/2011: custodia individual a favor de la madre con base en la prueba psicosocial y la exploración de la menor (de 13 años de edad).

La SAPZ, Secc. 2ª, 111/2012, de 28 de febrero, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 13/6/2011: guarda y custodia de los dos hijos (el chico cumple 18 años en septiembre de 2012 y la niña tiene 7 años) a la madre. El chico manifestó su deseo de permanecer con su madre y su hermana.

La SAPZ, Secc. 2ª, 132/2012, de 13 de marzo, confirma la SJPI núm. 5 de Zaragoza de 28/7/2011: custodia de las hijas gemelas, de 13 años de edad, a favor de la madre en base al informe psicosocial y al deseo de las hijas de permanecer con su madre.

La SAPZ, Secc. 2ª, 137/2012, de 13 de marzo, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 15/6/2011: custodia individual a favor de la madre, en contra del informe pericial, en atención a la opinión de las menores manifestada en la exploración. Confirmada por STSJA 27/2012, de 24 de julio.

La SAPZ, Secc. 2ª, 198/2012, de 11 de abril, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 12/12/2011: custodia individual a favor de la madre. Se rechaza la apelación con base en la exploración del hijo mayor, de 16 años de edad, y en las periciales psicológica y social.

La SAPZ, Secc. 2ª, 210/2012, de 20 de abril, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 16/11/2011, y atribuye la custodia individual a favor de la madre, "al acoger en este punto la opinión de la mayor de las hijas, Sandra, de cuyas manifestaciones se deduce la existencia de un arraigo mayor con la madre ..." (confirmada por la STSJA 38/2012, de 22 de noviembre). También SAPZ Secc. 2ª, 219/2012, de 25 de abril, entre otras recientes.

234. Por ejemplo: SAPZ, Secc. 2ª, 179/2011, de 29 de marzo, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 11/10/2010 que atribuyó la guarda y custodia del hijo común, de 10 años de edad, a la madre. La dedicación laboral del padre impide

que se halla incurso en el supuesto del art. 80.6 CDFA<sup>235</sup>, o a no haber habido una variación sustancial de las circunstancias que justifique el cambio de custodia determinada en el previo procedimiento de divorcio (casada)<sup>236</sup>, o a las amplias discrepancias entre los padres<sup>237</sup>, o a la falta de prueba que avale la custodia compartida (dos casadas)<sup>238</sup>, o al traslado de uno de los padres a otra ciudad<sup>239</sup>. En

---

estimar que la custodia compartida por él pedida sea lo más conveniente. La STSJA 13/2011, de 15 de diciembre, casa la sentencia de la Audiencia y establece un régimen de custodia compartida por semestres escolares.

SAPZ, Secc. 2ª, 327/2011, de 7 de junio, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza 9/2/2011 que había atribuido a la madre la guarda y custodia de los hijos comunes por la escasa disponibilidad que para el recurrente deriva de su trabajo, no revelándose como mejor alternativa la delegación de sus funciones en terceras personas, sentido este en el que se pronuncia la Psicóloga del Juzgado en su informe.

La SAPZ, Secc. 2ª, 515/2011, de 13 de octubre, confirma en este extremo la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 25/4/2011, que había mantenido la custodia individual a favor de la madre en base al informe psicosocial y a la falta de disponibilidad del padre para implicarse en el cuidado y atención diarios de la menor.

La SAPZ, Secc. 2ª, 17/2012, de 24 de enero, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 677/2011 que mantiene la guarda y custodia del hijo común de 5 años de edad a favor de la madre, con fundamento en el informe psicosocial y en la dificultad del padre para conciliar la vida familiar y laboral.

235. La SAPZ, Secc. 2ª, 14/2012, de 17 de enero, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 5/9/2011 que había atribuido la guarda y custodia al padre en aplicación del art. 80.6 CDFA.

La SAPH, Secc. 1ª, 11/2012, de 27 de enero, confirma en este extremo la del JPI núm. 2 de Huesca de 20/1/2011 que atribuye la guarda y custodia del menor de 6 años de edad a la madre, dado que el padre está incurso en el supuesto previsto en el art. 80.6 CDFA.

La SAPZ, Secc. 2ª, 107/2012, de 28 de febrero, confirma en este extremo la 5 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Zaragoza de 18/7/2011: guarda y custodia de los menores para la madre por existir una condena por delito de lesiones leves en el ámbito familiar impuesta al padre (art. 80.6 CDFA).

La SAPZ, Secc. 2ª, 265/2012, de 15 de mayo, en autos de divorcio contencioso, confirma la custodia individual a favor de la madre atribuida por la S. del Juzgado de Violencia sobre la mujer núm. 1 de Zaragoza de 1/12/2011, porque concurre claramente la causa de exclusión del padre de la custodia del art. 80.6 CDFA, existiendo resolución motivada en la que se constata indicios fundados de criminalidad, teniendo en cuenta el escrito de acusación del Ministerio Fiscal aportado por la madre.

236. SAP Teruel, Secc. 1ª, 92/2011, de 21 de junio: no ha existido una variación sustancial de las circunstancias que justifique, con arreglo a lo establecido en el art. 91 Cc, el cambio en la custodia determinada en el previo procedimiento de divorcio. Sentencia casada por la 13/2012, de 9/4, del TSJA que establece un sistema de custodia compartida.

237. La SAPZ, Secc. 2ª, 420/2011, de 15 de julio, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 14/3/2011: custodia individual a favor de la madre sobre el hijo de 7 años de edad en atención al informe de la psicóloga y a las amplias discrepancias entre los padres.

238. La SAPZ, Secc. 2ª, 292/2012, de 29 de mayo, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 9/11/2011 que atribuye la guarda y custodia de los dos hijos comunes menores de edad, de 9 y 4 años, a la madre. Ninguna de las pruebas practicadas en el proceso avala la pretensión de custodia compartida formulada por el padre, basada más en simples aspiraciones que en un real y fundado deseo de asumir responsablemente el cuidado cotidiano de sus hijos.

239. La SAPZ, Secc. 2ª, 352/2012, de 19 de junio, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 21/2/2012, que mantiene la custodia individual a favor de la madre que ha trasladado su residencia a Málaga y, por ello, modifica y adapta de oficio el régimen de visitas con el padre. El padre solicita la custodia compartida sobre la hija, hoy de 9 años de edad, de forma genérica y sin aportación de plan de relaciones familiares. El recurrente alega que el Juez no ha argumentado en qué perjudica a la menor el régimen de guarda y custodia compartida y que no ha solicitado el dictamen de especialistas sobre la idoneidad del régimen a adoptar, y que olvida lo dicho por el art. 80.6. La Audiencia considera que lo razonable de los motivos del traslado de la madre y la hija a Málaga –necesidades económicas por impago de pensiones– genera una *situación en la que un régimen de custodia compartida a desarrollar entre ambas ciudades –por periodos bimensuales alternos se dice ahora en el recurso– es tan inviable –y disparatado el que se propone– como innecesaria la petición del informe de especialistas que el recurrente echa en falta*. Por otra parte, *parece clara la intención del legislador de no incluir los tipos penales por falta en la exclusión legal del 80.6*.

La SAPZ, Secc. 2ª, 437/2012, de 20 de julio, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 2/2/2012, que mantiene la guarda y custodia a favor de la madre sobre el hijo de 16 años y cinco meses. La Audiencia desestima el recurso de padre en solicitud de custodia compartida por cursos escolares alternos, por la edad del hijo –que va a cumplir ya los 18 años–, su voluntad de vivir en Zaragoza con su madre, y las lejanías del domicilio del padre, que vive en Marbella.



sólo dos casos la decisión de custodia individual a favor de la madre es contraria a lo aconsejado en el informe pericial<sup>240</sup>.

Hay 12 sentencias confirmatorias en las que la custodia individual, pese a la oposición de la madre, es a favor del padre (un 14,3 %), con fundamento en los informes periciales, en la opinión de los hijos, en el cambio de localidad de la madre o en la aplicación del art. 80.6:

1. La SAPZ, Secc. 2ª, 157/2011, de 22 de marzo, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 25/11/2010, que había otorgado la custodia individual de los dos menores, de 12 y 9 años de edad, al padre. Se hace hincapié en la contundencia del informe psicosocial, del que se deduce una aptitud y voluntad mayor en el padre para asegurar en el presente momento la estabilidad de los hijos, así como en la propia posición de los menores favorables a la custodia con su padre.

2. La SAPZ, Secc. 2ª, 459/2011, de 13 de septiembre, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 14/2/2011 que había mantenido la custodia individual a favor del padre sobre el hijo común de 10 años edad. Aunque no existen conflictos entre los progenitores sobre las relaciones del menor con los mismos, la correcta trayectoria y cuidado del menor y la ausencia de problemas sobre el reparto de su tiempo con los padres, así como el informe pericial, aconsejan no establecer la custodia compartida solicitada por la madre.

240. La SAPZ, Secc. 2ª, 137/2012, de 13 de marzo, tras la exploración de la menor, de 10 años de edad, confirma la SJPI núm. 5 de Zaragoza, de 15/6/2011, que desestima la demanda de custodia compartida formulada por el padre. El divorcio de los padres tuvo lugar por sentencia de 23/7/2010, que aprobó el convenio regulador que ambos firmaron, en el que acordaron que los menores permaneciesen con su madre, con un régimen de visitas para el padre consistente en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio a la entrada del mismo el lunes, con puentes a unir en su caso; dos tardes entre semana, lunes y miércoles, este último con pernocta.

La psicóloga aconseja un sistema de guarda y custodia compartida, pero el Juez, no obstante, valora:

A) Que cuando el padre interpuso la demanda de divorcio de mutuo acuerdo el 23/6/2010, la Ley 2/2010, publicada en el BOA de 8 de junio, iba a entrar en vigor dos meses y medio más tarde, condiciones en las que, siendo él quien interponía la demanda y estando asesorado jurídicamente, hay que entender que conocía la novedad legislativa.

B) Que el convenio suscrito por las partes fijaba una amplia relación del padre –progenitor no custodio– con sus hijos, desprendiéndose del régimen de visitas estipulado que el mismo cumplía las directrices de la nueva Ley, que por lo demás, tal y como indicaba su Exposición de Motivos, no debía suponer un reparto igualitario del tiempo.

C) La normalidad y ausencia de incidencias con que se han cumplido las visitas, y las sucesivas adaptaciones a la que los menores se han visto sometidos –vida en España, ruptura matrimonial de sus padres y, luego, durante una año, al régimen que los mismos pactaron–.

Todo lo cual le lleva a concluir que el interés de los hijos no demanda el cambio interesado por el padre.

La Audiencia, tras la exploración judicial de la menor, confirma la decisión del Juez. S. confirmada por STSJA 27/2012, de 24 de julio.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 234/2012, de 2 de mayo, que revoca la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 19/12/2011, suprime la custodia compartida por ella acordada y vuelve al régimen de custodia individual a favor de la madre existente desde la sentencia de divorcio, y ello pese a que el informe de la psicóloga en el que se sustenta la decisión del Juez era favorable a la custodia compartida. La Sala aprecia importantes contradicciones en dicho informe y estima que las conclusiones del informe adolecen de una exhaustiva consideración de las reales consecuencias del cambio de custodia, siempre en atención a lo estimado y valorado como más correcto para el bienestar del menor (casada por STSJA 39/2012, de 27 de noviembre).

Conviene recordar el ya citado caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 350/2012, de 19 de junio, que en contra de lo aconsejado por los informes periciales y acordado por el Juzgado, sustituye la custodia compartida por la individual a favor del padre. Aquí el verdadero problema es el uso de la vivienda familiar adaptada a la minusvalía de la hija parapléjica: los informes aconsejan que la madre y la hija permanezcan en el domicilio familiar y el padre en el que venía residiendo en Grisén muy cercano al mismo. El Juzgado adopta la custodia compartida sugerida pero debiendo abandonar los padres cada dos meses la vivienda familiar para ejercer la custodia el que por turno procediese. La madre se opone a esta alternancia en la vivienda familiar y traslada su residencia con su pareja a Zaragoza. La menor manifiesta en la alzada desear quedarse en Grisén. La Audiencia otorga la custodia al padre, así como el uso de la vivienda familiar hasta que la hija cumpla 18 años.



3. La SAPH, Secc. 1ª, 311/2011, de 16 de diciembre, confirma en este extremo la del JPII núm. 2 de Monzón de 30/12/2010 que estimando la demanda del padre atribuyó a éste la guarda y custodia de sus dos hijos menores, de 13 y 7 años de edad, con fundamento en la opinión del menor de 13 años, que desea claramente vivir con su padre y tiene un sentimiento de rechazo hacia su madre, y en el principio de no separación de los hermanos.

4. La SAPZ, Secc. 2ª, 669/2011, de 27 de diciembre, confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 5/7/2011 que concede la custodia individual al padre con el que ha convivido la hija desde septiembre de 2009, con fundamento en el informe pericial psicológico, la exploración de la menor, así como el informe y actuación del IASS.

5. La SAPH, Secc. 1ª, 320/2011, de 28 de diciembre, confirma en este extremo la del JPII núm. 1 de Jaca de 9/2/2011 que atribuye la guarda y custodia del hijo de 4 años de edad al padre, con supresión de la anterior custodia compartida establecida, con acuerdo de los progenitores y tras la definitiva ruptura de la pareja de hecho, en la S. del mismo Juzgado de 29/6/2010. La madre a requerimientos del padre tuvo que abandonar la vivienda familiar y marcharse a vivir a Madrid con sus padres y con un hijo pequeño, medio hermano del de 4 años. El informe pericial aconseja mantener al menor (un niño diagnosticado de trastorno del espectro autista, con un grado de discapacidad reconocido del 41%) en su actual entorno familiar, aunque se le separe de su medio hermano.

6. La SAPZ, Secc. 2ª, 14/2012, de 17 de enero, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 5/9/2011 que había atribuido la guarda y custodia al padre en aplicación del art. 80.6 CDEFA.

7. La SAPH, Secc. 1ª, 7/2012, de 24 de enero, confirma en lo sustancial la SJPII núm. 2 de Huesca de 11/4/2011: guarda y custodia del hijo menor al padre, con régimen de visitas a favor de la madre, para ello es relevante la opinión del menor que tiene ya casi 14 años.

8. La SAPZ, Secc. 2ª, 60/2012, de 7 de febrero, confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 30/6/2011 que cambia el sistema de guarda y custodia compartida por meses alternos pactado en el convenio regulador suscrito en el divorcio por un sistema de guarda y custodia individual a favor del padre, porque el cambio de residencia de la madre, motivado por el hecho de que su actual pareja vive y trabaja en Madrid, trastoca evidentemente el marco al que respondió el convenio firmado, cuya invocación, por tanto, no cabe. El informe de la Psicóloga señala que en este caso la custodia individual a favor del padre es más conveniente.

9. La SAPZ, Secc. 2ª, 113/2012, de 7 de marzo, confirma la SJPI núm. 5 de Zaragoza de 19/9/2011 que estima la solicitud de modificación de medidas contenidas en el convenio regulador (custodia individual para la madre y pensión de alimentos a cargo del padre) interesada por el padre y atribuye la guarda y custodia de la hija común, de 17 años de edad, al padre, con visitas para la madre así como con obligación de abonar pensión alimenticia a favor de la hija. La hija ha expresado su preferencia por la custodia individual a favor del padre siendo

una decisión motivada y razonada por lo que procede confirmar la sentencia en este apartado.

10. La SAPZ, Secc. 2ª, 202/2012, de 11 de abril, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza, y mantiene la custodia individual a favor del padre, modificando así la custodia individual a favor de la madre pactada en el convenio regulador aprobado por la sentencia de 28/9/2010. El informe psicosocial es favorable a la custodia individual a cargo del padre. Tampoco puede obviarse el incumplimiento de la recurrente en cuanto a lo pactado en el convenio con un sorpresivo cambio de residencia en perjuicio del menor.

11. La SAPZ, Secc. 2ª, 230/2012, de 2 de mayo, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 26/7/2011, que había establecido que el menor, un vez firme la sentencia, pasará a residir con su padre. La decisión se basa en los informes social y educativo del IASS y en un convenio suscrito por los litigantes.

12. La SAPZ, Secc. 2ª, 257/2012, de 9 de mayo, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 14/11/2011, salvo en el punto relativo a la asignación compensatoria, por lo que se mantiene la guarda y custodia del hijo menor a favor del padre atendidos los acuerdos a que llegaron ambos progenitores en proceso de mediación familiar y las recomendaciones del informe de la psicóloga. El hermano mayor de edad vive con la madre.

La custodia individual a favor del padre respecto de un hijo y de la madre respecto de otro (*custodia repartida*), con separación, por tanto, de los hermanos de doble vínculo se ha dado en 2 casos (un 2,4 %), ambos de sentencias confirmatorias<sup>241</sup>.

|  |             |
|--|-------------|
| Sentencias de AP confirmatorias de la custodia individual: | 84          |
| A favor de la madre:                                       | 70 (83,3 %) |
| A favor del padre:   | 12 (14,3%)  |
| Custodia individual repartida:                             | 2 (2,4 %)   |

Para conocer el número total de custodias individuales a favor del padre o de la madre o repartidas hemos de sumar a estos datos los de las 11 sentencias revocatorias de las instancias, con lo cual resulta que la custodia individual es a favor de la madre en 79 casos, a favor del padre en 14, y repartida entre los dos, en 2 ocasiones.

241. La SAPZ, Secc. 2ª, 127/2011, de 8 de marzo, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 2/11/2010 que concede la custodia de una de las hijas (de 13 y 16 años de edad) al padre y la de la otra a la madre, con base en los informes del Salud, el psico-social y la exploración de la menor de 16 años de edad.

La SAPZ, Secc. 2ª, 443/2012, de 23 de julio, desestima el recurso del padre en solicitud de custodia compartida sobre los dos hijos, uno que pronto cumplirá 18 años y otro de 13, y confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 27/2/2012 que mantiene lo acordado en el convenio regulador: el hijo mayor sigue bajo la guarda y custodia del padre y el menor bajo la de la madre.

|   |             |
|---|-------------|
| Sentencias que acuerdan la custodia individual: | 95          |
| A favor de la madre:                            | 79 (83,2 %) |
| A favor del padre:                              | 14 (14,7 %) |
| Repartida entre los dos:                        | 2 (2,1 %)   |

Si ponemos en relación las sentencias de custodia individual de las Audiencias con las del TSJ, resulta que a los 95 casos de custodia individual de las Audiencias Provinciales Aragonesas, por un lado hay que restar 6 casos (casación con sustitución por custodia compartida), pero por otro hay que sumar uno (casación con sustitución de la custodia compartida por la individual), con lo que resulta un total de 90 casos de custodia individual firme (un 63,9 % de las 142 sentencias de las Audiencias que aplican la Ley 2/2010).

|  |                    |
|--|--------------------|
| Sentencias de custodia individual de las Audiencias: | 95                 |
| Revocadas por el TSJA:                               | -6                 |
| Custodia individual añadida por el TSJA:             | +1                 |
| TOTAL:   | 90 (63,4 % de 142) |

Si tenemos en cuenta tanto las sentencias del TSJA como las de las AAPP aragonesas (142 casos en total), e incluimos todos los casos consultados de custodia individual a favor de la madre o el padre (incluida la repartida) o compartida (incluida la mixta), resultan los siguientes datos globales:

|  |             |
|--|-------------|
| Custodia individual a favor de la madre: | 74 (52,1 %) |
| Custodia compartida:                     | 51 (35,9 %) |
| Custodia individual a favor del padre:   | 14 (9,8 %)  |
| Custodia repartida:                      | 2 (1,5 %)   |
| Custodia mixta:                          | 1 (0,7 %)   |
| TOTAL:                                   | <b>142</b>  |

A modo de conclusión se puede decir que la nueva regulación, en estos dos años primeros de vigencia, ha servido para aumentar notablemente el número de custodias compartidas que se adoptan, tanto en establecimiento de medidas como en los procedimientos de modificación de las ya acordadas antes, de forma que está cumpliendo de manera eficaz su finalidad de favorecer e impulsar la igualdad en las relaciones familiares de los hijos con los padres y madres que han roto la convivencia. Además, la nueva regulación ha sido interpretada adecuadamente por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón que ha elaborado ya una completa y precisa doctrina jurisprudencial sobre la preferencia legal por la custodia compartida.

## RELACIÓN DE SENTENCIAS DE GUARDA Y CUSTODIA CONSULTADAS

(Del 8/9/2012 a octubre de 2012)

### Del Tribunal Superior de Justicia de Aragón:

1. S. 8/2011, de 13 de julio, *anula* la SAPT, Secc. 1ª, 4/2011, de 11 enero (c.i.)
2. S. 10/2011, de 30 de septiembre, *confirma* la SAPZ, Secc. 2ª, 177/2011 (c.i.)
3. S.13/2011, de 15 de diciembre, *casa* la SAPZ, Secc. 2ª, 179/2011, de 29 de marzo (c.c)
4. S. 4/2012, de 1 de febrero, *confirma* la SAPZ, Secc. 2ª, 333/2011, de 14 de junio (c.i.)
5. S. 5/2012, de 8 de febrero, *confirma* la SAPZ, Secc. 2ª, 374/2011, de 28 de junio (c.i)
6. S. 6/2012, de 9 de febrero, *confirma* la SAPZ, Secc. 2ª, 332/2011, de 14 de junio (c.c.)
7. S. 13/2012, de 9 de abril, *casa* la SAPT, Secc. 1ª, 92/2011, de 21 de junio (c.c)
8. S. 15/2012, de 12 de abril, *confirma* la SAPZ, Secc. 2ª, 414/2011, de 12 de julio (c.c)
9. S. 17/2012, de 18 de abril, *casa* la SAPT, Secc. 1ª, 58/2011, de 3 de mayo (c.c.)
10. S. 22/2012, de 6 de junio, *casa* la SAPZ, Secc. 2ª, 511/2011, de 13 de octubre (c.c.)
11. S. 24/2012, de 5 de julio, *confirma* la SAPZ, Secc. 2ª, 77/2012, de 21 de febrero (c.i)
12. S. 27/2012, de 24 de julio, *confirma* la SAPZ, Secc. 2ª, 137/2012, de 13 de marzo (c.i.)
13. S. 28/2012, de 24 de septiembre, *confirma* la SAPZ, Secc. 2ª, 159/2012, de 27 de marzo (c.i.)
14. S. 29/2012, de 25 de septiembre, *casa* la SAPT, Secc. 1ª, 32/2012, de 15 de marzo (c.c)
15. S. 30/2012, de 28 de septiembre, *casa* la SAPZ, Secc. 2ª, 70/2012, de 14 de febrero (c.c)
16. S. 34/2012, de 19 de octubre, *confirma* la SAPH, Secc. 1ª, 55/2012, de 16 de marzo (c.i.)
17. S. 35/2012, de 26 de octubre, *confirma* la SAPZ, Secc. 2ª, 142/2012, de 20 de marzo (c. mixta)
- S. 38/2012, de 22 de noviembre, *confirma* la SAPZ, Secc. 2ª, 210/2012, de 20 de abril (c.i.)

S. 39/2012, de 27 de noviembre, *casa* la SAPZ, Secc. 2ª, 234/2012, de 2 de mayo (c.c.)

#### **De la Audiencia Provincial de Huesca (Sección 1ª)**

1. S. 311/2011, de 16 de diciembre
2. S. 320/2011, de 28 de diciembre
3. S. 7/2012, de 24 de enero
4. S. 11/2012, de 27 de enero
5. S. 55/2012, de 16 de marzo, *confirmada* por STSJA 34/2012, de 19 de octubre (c.i.)
6. S. 79/2012, de 25 de abril
7. S. 154/2012, de 26 de julio (c.c.)
8. S. 159/2012, de 27 de julio (c.c.)

#### **De la Audiencia Provincial de Teruel (Sección 1ª)**

1. S. 4/2011, de 11 enero, *anulada* por STSJA 8/2011, de 13 de julio (c.i.)
2. S. 58/2011, de 3 de mayo, *casada* por STSJA 17/2012, de 18 de abril (c.c.)
3. S. 92/2011, de 21 de junio, *casada* por STSJA 13/2012, de 9 de abril (c.c.)
4. S. 32/2012, de 15 de marzo, *casada* por STSJA 29/2012, de 25 de septiembre (c.c.)

#### **De la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2ª)**

1. S. 550/2010, de 23 de septiembre
2. S. 575/2010, de 5 de octubre
3. S. 652/2010, de 16 de noviembre
4. S. 678/2010, de 23 de noviembre
5. S. 690/2010, de 30 de noviembre
6. S. 694/2010, de 30 de noviembre
7. S. 750/2010, de 28 de diciembre
8. S. 19/2011, de 18 de enero
9. S. 35/2011, de 18 de enero
10. S. 127/2011, de 8 de marzo
11. S. 140/2011, de 8 de marzo
12. S. 146/2011, de 15 de marzo
13. S. 149/2011, de 15 de marzo (c.c.)
14. S. 151/2011, de 15 de marzo
15. S. 157/2011, de 22 de marzo
16. S. 177/2011, de 29 de marzo, *confirmada* por STSJA 10/2011, de 30 de septiembre (c.i.)



17. S. 179/2011, de 29 de marzo, *casada* por STSJA13/2011, de 15 de diciembre (c.c.)
18. S. 180/2011, de 29 de marzo (c.c.)
19. S. 199/2011, de 12 de abril
20. S. 242/2011, de 3 de mayo (c.c.)
21. S. 254/2011, de 10 de mayo
22. S. 269/2011, de 10 de mayo
23. S. 327/2011, de 7 de junio
24. S. 332/2011, de 14 de junio, *confirmada* por STSJA 6/2012, de 9 de febrero (c.c.)
25. S. 333/2011, de 14 de junio, *confirmada* por STSJA 4/2012, de 1 de febrero (c.i.)
26. S. 347/2011, de 21 de junio (c.c.)
27. S. 351/2011, de 21 de junio (c.c.)
28. S. 364/2011, de 21 de junio
29. S. 368/2011, de 28 de junio (c.c.)
30. S. 370/2011, de 28 de junio
31. S. 374/2011, de 28 de junio, *confirmada* por STSJA 5/2012, de 8 de febrero (c.i.)
32. S. 386/2011, de 5 de julio
33. S. 405/2011, de 12 de julio
34. S. 414/2011, de 12 de julio, *confirmada* por STSJA 15/2012, de 12 de abril (c.c.)
35. S. 420/2011, de 15 de julio
36. S. 429/2011, de 15 de julio
37. S. 434/2011, de 18 de julio
38. S. 450/2011, de 6 de septiembre (c.c.)
39. S. 455/2011, de 13 de septiembre (c.c.)
40. S. 456/2011, de 13 de septiembre
41. S. 459/2011, de 13 de septiembre
42. S. 509/2011, de 13 de octubre
43. S. 511/2011, de 13 de octubre, *casada* por STSJA 22/2012, de 6 de junio (c.c.)
44. S. 515/2011, de 13 de octubre
45. S. 522/2011, de 13 de octubre
46. S. 552/2011, de 2 de noviembre
47. S. 557/2011, de 2 de noviembre
48. S. 572/2011, de 15 de noviembre

49. S. 573/2011, de 15 de noviembre
50. S. 574/2011, de 15 de noviembre
51. S. 581/2011, de 15 de noviembre (c.c.)
52. S. 604/2011, de 29 de noviembre (c.c.)
53. S. 605/2011, de 29 de noviembre (c.c.)
54. S. 613/2011, de 29 de noviembre (c.c.)
55. S. 615/2011, de 29 de noviembre (c.c.)
56. S. 621/2011, de 2 de diciembre
57. S. 622/2011, de 2 de diciembre
58. S. 634/2011, de 2 de diciembre
59. S. 641/2011, de 12 de diciembre
60. S. 659/2011, de 20 de diciembre
61. S. 653/2011, de 20 de diciembre
62. S. 669/2011, de 27 de diciembre
63. S. 682/2011, de 27 de diciembre (c.c.)
64. S. 691/2011, de 30 de diciembre (c.c.)
65. S. 7/2012, de 17 de enero (c.c.)
66. S. 14/2012, de 17 de enero
67. S. 16/2012, de 24 de enero (c.c.)
68. S. 17/2012, de 24 de enero
69. S. 33/2012, de 17 de enero (c.c.)
70. S. 52/2012, de 7 de febrero
71. S. 53/2012, de 7 de febrero (c.c.)
72. S. 54/2012, de 7 de febrero (c.c.)
73. S. 60/2012, de 7 de febrero
74. S. 62/2012, de 7 de febrero
75. S. 66/2012, de 14 de febrero (c.c.)
76. S. 68/2012, de 14 de febrero
77. S. 70/2012, de 14 de febrero, *casada* por STSJA 30/2012, de 28 de septiembre (c.c.)
78. S. 77/2012, de 21 de febrero, *confirmada* por STSJA 24/2012, de 5 de julio (c.i.)
79. S. 94/2012, de 28 de febrero (c.c.)
80. S. 97/2012, de 28 de febrero
81. S. 107/2012, de 28 de febrero
82. S. 111/2012, de 28 de febrero
83. S. 113/2012, de 7 de marzo
84. S. 119/2012, de 7 de marzo

85. S. 126/2012, de 13 de marzo
86. S. 132/2012, de 13 de marzo
87. S. 136/2012, de 13 de marzo (c.c.)
88. S. 137/2012, de 13 de marzo, *confirmada* por STSJA 27/2012, de 24 de julio (c.i.)
89. S. 142/2012, de 20 de marzo, *confirmada* por STSJA 35/2012, de 26 de octubre (**mixta**)
90. S. 145/2012, de 20 de marzo
91. S. 153/2012, de 20 de marzo (c.c.)
92. S. 155/2012, de 20 de marzo
93. S. 159/2012, de 27 de marzo, *confirmada* por STSJA 28/2012, de 24 de septiembre (c.i.)
94. S. 160/2012, de 27 de marzo (c.c.)
95. S. 170/2012, de 30 de marzo
96. S. 171/2012, de 30 de marzo (c.c.)
97. S. 198/2012, de 11 de abril
98. S. 202/2012, de 11 de abril
99. S. 210/2012, de 20 de abril, *confirmada* por STSJA 38/2012, de 22 de noviembre
100. S. 212/2012, de 20 de abril
101. S. 216/2012, de 25 de abril (c.c.)
102. S. 219/2012, de 25 de abril
103. S. 221/2012, de 25 de abril
104. S. 225/2012, de 25 de abril (c.c.)
105. S. 228/2012, de 25 de abril (c.c.)
106. S. 229/2012, de 25 de abril
107. S. 230/2012, de 2 de mayo
108. S. 234/2012, de 2 de mayo, *casada* por la STSJA 39/2012, de 27 de noviembre (c.c.)
109. S. 237/2012, de 2 de mayo (c.c.)
110. S. 242/2012, de 2 de mayo
111. S. 246/2012, de 9 de mayo (c.c.)
112. S. 257/2012, de 9 de mayo
113. S. 268/2012, de 15 de mayo
114. S. 265/2012, de 15 de mayo
115. S. 278/2012, de 22 de mayo (c.c.)
116. S. 289/2012, de 29 de mayo
117. S. 292/2012, de 29 de mayo

- 118. S. 305/2012, de 5 de junio
- 119. S. 311/2012, de 5 de junio (c.c.)
- 120. S. 330/2012, de 12 de junio
- 121. S. 341/2012, de 19 de junio (c.c.)
- 122. S. 345/2012, de 19 de junio (c.c.)
- 123. S. 350/2012, de 19 de junio
- 124. S. 352/2012, de 19 de junio
- 125. S. 354/2012, de 19 de junio (c.c.)
- 126. S. 363/2012, de 26 de junio
- 127. S. 378/2012, de 3 de julio
- 128. S. 384/2012, de 3 de julio
- 129. S. 391/2012, de 10 de julio
- 130. S. 409/2012, de 10 de julio (c.c.)
- 131. S. 410/2012, de 10 de julio
- 132. S. 413/2012, de 13 de julio
- 133. S. 417/2012, de 13 de julio
- 134. S. 421/2012, de 13 de julio
- 135. S. 423/2012, de 13 de julio
- 136. S. 429/2012, de 13 de julio (c.c.)
- 137. S. 430/2012, de 20 de julio
- 138. S. 437/2012, de 20 de julio
- 139. S. 441/2012, de 20 de julio
- 140. S. 442/2012, de 23 de julio (c.c.)
- 141. S. 443/2012, de 23 de julio
- 142. S. 444/2012, de 23 de julio (c.c.)
- 143. S. 451/2012, de 6 de septiembre (c.c.)
- 144. S. 464/2012, de 18 de septiembre
- [S. 507/2012, de 11 de octubre: no computada]

TOTALES:

Tribunal Superior de Justicia: 17  
Audiencia provincial de Huesca: 8  
Audiencia provincial de Teruel: 4  
Audiencia provincial de Zaragoza: 144  
Total: **173**

**SENTENCIAS DE CUSTODIA COMPARTIDA DEL TSJA  
Y LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES ARAGONESAS  
POR FECHAS:**

SAPT, Secc. 1ª, 4/2011, de 11 de enero, *revocada* por STSJA 8/2011, de 13 de julio.

SAPZ, Secc. 2ª, 149/2011, de 15 de marzo

SAPZ, Secc. 2ª, 180/2011, de 29 de marzo

SAPZ, Secc. 2ª, 242/2011, de 3 de mayo

SAPZ, Secc. 2ª, 332/2011, de 14 de junio, *confirmada* por STSJA 6/2012, de 9 de febrero.

SAPZ, Secc. 2ª, 347/2011, de 21 de junio

SAPZ, Secc. 2ª, 351/2011, de 21 de junio

SAPZ, Secc. 2ª, 368/2011, de 28 de junio

SAPZ, Secc. 2ª, 414/2011, de 12 de julio, *confirmada* por STSJA 15/2012, de 12 de abril.

SAPZ, Secc. 2ª, 450/2011, de 6 de septiembre

SAPZ, Secc. 2ª, 455/2011, de 13 de septiembre

SAPZ, Secc. 2ª, 581/2011, de 15 de noviembre

SAPZ, Secc. 2ª, 604/2011, de 29 de noviembre

SAPZ, Secc. 2ª, 605/2011, de 29 de noviembre

SAPZ, Secc. 2ª, 613/2011, de 29 de noviembre

SAPZ, Secc. 2ª, 615/2011, de 29 de noviembre

STSJA 13/2011, de 15 de diciembre, *casa* la SAPZ, Secc. 2ª, 179/2011, de 29 de marzo.

SAPZ, Secc. 2ª, 682/2011, de 27 de diciembre

SAPZ, Secc. 2ª, 691/2011, de 30 de diciembre

SAPZ, Secc. 2ª, 7/2012, de 17 de enero

SAPZ, Secc. 2ª, 16/2012, de 24 de enero

SAPZ, Secc. 2ª, 33/2012, de 24 de enero

SAPZ, Secc. 2ª, 53/2012, de 7 de febrero

SAPZ, Secc. 2ª, 54/2012, de 7 de febrero

SAPZ, Secc. 2ª, 66/2012, de 14 de febrero

SAPZ, Secc. 2ª, 94/2012, de 28 de febrero

SAPZ, Secc. 2ª, 136/2012, de 13 de marzo

SAPZ, Secc. 2ª, 142/2012, de 20 de marzo, *confirmada* por STSJA 35/2012, de 26 de octubre (**mixta**)

SAPZ, Secc. 2ª, 153/2012, de 20 de marzo

SAPZ, Secc. 2ª, 160/2012, de 27 de marzo



SAPZ, Secc. 2ª, 171/2012, de 30 de marzo  
 STSJA 13/2012, de 9 de abril, *casa* la SAPT, Secc. 1ª, 92/2011, de 21 de junio.  
 STSJA 17/2012, de 18 de abril, *casa* la SAPT, Secc. 1ª, 58/2011, de 3 de mayo.  
 SAPZ, Secc. 2ª, 216/2012, de 25 de abril  
 SAPZ, Secc. 2ª, 225/2012, de 25 de abril  
 SAPZ, Secc. 2ª, 228/2012, de 25 de abril  
 SAPZ, Secc. 2ª, 237/2012, de 2 de mayo  
 SAPZ, secc. 2ª, 246/2012, de 9 de mayo.  
 SAPZ, Secc. 2ª, 278/2012, de 22 de mayo  
 SAPZ, Secc. 2ª, 311/2012, de 5 de junio  
 STSJA 22/2012, de 6 de junio, *casa* la SAPZ, Secc. 2ª, 511/2011, de 13 de octubre.  
 SAPZ, Secc. 2ª, 341/2012, de 19 de junio  
 SAPZ, Secc. 2ª, 345/2012, de 19 de junio  
 SAPZ, Secc. 2ª, 354/2012, de 19 de junio  
 SAPZ, Secc. 2ª, 409/2012, de 10 de julio  
 SAPZ, Secc. 2ª, 429/2012, de 13 de julio  
 SAPZ, Secc. 2ª, 442/2012, de 23 de julio  
 SAPZ, Secc. 2ª, 444/2012, de 23 de julio  
 SAPH, Secc. 1ª, 154/2012, de 26 de julio  
 SAPH, Secc. 1ª, 159/2012, de 27 de julio  
 SAPZ, Secc. 2ª, 451/2012, de 6 de septiembre  
 STSJA 29/2012, de 25 de septiembre, *casa* la SAPT, Secc. 1ª, 32/2012, de 15 de marzo.  
 STSJA 30/2012, de 28 de septiembre, *casa* la SAPZ, Secc. 2ª, 70/2012, de 14 de febrero.  
 STSJA 39/2012, de 27 de noviembre, *casa* la SAPZ, Secc. 2ª, 234/2012, de 2 de mayo

**ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA.**

ANGUITA RÍOS, Rosa María: "Las distintas situaciones de la vivienda en régimen de sociedad de gananciales ante las crisis matrimoniales", en *Anuario de derecho civil*, Vol. 64, Nº 2, 2011, págs. 611-652.

ARCH MARÍN, A. y JARNE ESPARCIA, A.: "Opinión y valoración de los diferentes sistemas de guarda y custodia por psicólogos forenses y juristas españoles. Un estudio piloto", *Revista de Derecho de Familia*, 41 / 2008, pp. 25 yss.

BALDA MEDARDE, María José: "La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 217-230.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María: "STS de 11 de marzo de 2010: Guarda y custodia compartida". *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 84, 2010, pp. 1833-1849.

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: *Algunas cuestiones prácticas en materia de Derecho Civil Aragonés*, Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Justicia, Zaragoza, 2011.

CALLIZO LÓPEZ, María Ángeles: "Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón", *Revista Aequalitas* núm. 30, enero-junio 2012, págs. 19 a 33.

CARRASCO PERERA, Ángel: "La custodia compartida llega al Tribunal Supremo", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 790 / 2009.

CARRASCO PERERA, Ángel: "Llueven custodias compartidas", *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 823 / 2011 (Tribuna) (BIB 2011 / 1053).

CASTILLA BAREA, Margarita: "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres", *Aranzadi Civil*, núm 7 / 2010, pp. 105-152 (Westlaw.es: BIB 2010 / 1563).

CASTILLO AYNAT, Elin: "El domicilio familiar ante la crisis matrimonial: abuso en el uso", *Actualidad jurídica Aranzadi*, Nº 850, 2012, pág. 8.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: "La determinación de la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio", en *Actualidad Civil*, núm. 15, septiembre 2007, pág. 1738, tomo 2.

CRUZ GALLARDO, Bernardo: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Ed. La Ley, Madrid, 2012.

DELGADO MARTÍN, J.: “La patria potestad compartida en los procedimientos matrimoniales”, en VV.AA.: *Novedades legislativas en materia matrimonial* –col. *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008-, pp. 153 y ss.

DOMINGO MONFORTE, José: “Vía libre en la aplicación judicial de la custodia compartida en la Comunidad Valenciana”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 836/2012 (BIB 2012/318)

FERNÁNDEZ HORTAL, Alicia: “¿Pueden los tests determinar la idoneidad de los progenitores en el tema de la guarda y custodia de los hijos?”, *Diario La Ley*, N° 7947, 2012.

FORCADA MIRANDA, Francisco Javier: “El derecho de familia del Código civil catalán –Ley 15/2010, de 29 de julio- y Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de sus padres. Problemas de competencia y ley aplicable”, en VV.AA.: *La nueva regulación del Derecho de familia. Legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*. Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 69-133.

FORCADA MIRANDA, Francisco Javier: “La nueva regulación de la custodia en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: custodia compartida, autoridad familiar, responsabilidad parental, traslado y sustracción de menores”, en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 177-215.

GAFFAL, M.: “Comentario a la sentencia de 28 de septiembre de 2009”, CCJC núm. 84, 2010, pp. 1461 y ss.

GIRALT, N.: “Los niños no se separan: régimen legal de la guarda y custodia”, en VV.AA.: *¿Crisis del sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y la familia* (Madrid, CEU ediciones, 2009), pp. 141 y ss.

GOIERENA LEKUE, A.: “La custodia compartida: el interés del menor y la neutralidad de género”, *Aequalitas* 16/2005, pp. 53 y ss.

GONZALEZ CAMPO, F. de A.: “Nota procesal a propósito de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 16, 2010, págs. 227-250.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Carlos: “Guardia y custodia compartida: conflictividad y protección del menor”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4/2012 (BIB 2012/1189).

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: “Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón”, en *Diario La Ley*, N° 7529, 2010.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón” en *Diario La Ley*, N° 7537, 2010.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “La custodia compartida alternativa”, *Indret* 2/2008.

GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco Manuel. “Incidencias de la violencia de género en el Derecho de Familia: especial tratamiento del régimen de visitas”, en *Diario La Ley*, núm. 7480, año XXX, de 1 octubre 2010, Ref. D-291.

HERNANDO RAMOS, Susana: “El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida”, en *Diario La Ley*, núm. 7206, año XXX, de 29 junio 2009, Ref. D-232

HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: “Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida”, en *Actualidad Civil*, núm. 10, mayo 2011, pág. 1131, tomo 1.

IGLESIA MONJE, María Isabel de la: “Custodia compartida de los progenitores: casos de procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, mayo-junio 2012, pp. 1613-1646.

IVARS RUIZ, Joaquín: *Guarda y custodia compartida: Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

IVARS RUIZ, Joaquín: “De por qué el art. 92.8 del Código civil y la excepcionalidad de la custodia compartida contenciosa son contrarios al favor filii”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 796/2010 (BIB 2010/746)

LATHROP GÓMEZ, Fabiola: *Custodia compartida de los hijos*. La Ley, Madrid, 2008, 582 págs.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas”, *La Ley* (2009), núm. 7206.

LAUROBA LACASA, María Elena: “Comentario a la STS de 8 de octubre de 2009: Custodia compartirla. Interés superior del menor. Criterios de delimitación del interés. Falta de motivación de la sentencia”. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 84, 2010, pp. 1477-1513.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: “Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo”, en *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón*. 4ª ed. El Justicia de Aragón, 2012, pp. 178-187.

LÓPEZ FRÍAS, Ana María: “El derecho de uso “ex” artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar”, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N° 729, 2012, págs. 111-136.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa: “Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso”, en *Abogados de Familia*, núm. 50, cuarto trimestre de 2008, Ed. La Ley; *Diario La Ley*, núm. 7105, año XXX, de 2 de febrero de 2009, Ref. S-29.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa: “El síndrome de alienación parental: la carreta delante de los bueyes”, en *Diario La Ley*, N° 7567, 2011.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: “La Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: una aproximación inicial”, en *Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. 8, octubre 2010, pp. 18-19.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: “La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 133- 176.

MARTOS CALABRÚS, María Angustias: “La no separación de los hermanos en la crisis matrimonial o de pareja y en otras circunstancias”, en *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 55, 2012 , págs. 27-42.

MORENO VELASCO, Victor: “La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores”, en *Diario La Ley*, N° 7843, 2012.

NAVAS NAVARRO, Susana: “Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al derecho catalán)”, en *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, N°. 54, 2012 , págs. 23-56.

PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Ángeles: “La familia en el Derecho civil de Aragón”, en *Tratado de Derecho de la Familia, Vol. VII: La familia en los distintos Derechos forales*, Ed. Aranzadi S.A., 2011, págs. 759 y ss., en particular págs. 794 a 802.

PÉREZ CONESA, Carmen: “¿Excepcionalidad de la solomónica medida sobre custodia compartida en el Código civil? Algunas referencias jurisprudenciales y legales”, *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 8/2011 (BIB 2011/1735).

PICONTÓ NOVALES, Teresa (Editoria): *La custodia compartida a debate*. Cuaderno “Bartolomé de las Casas” núm. 56, Ed. ykinson, Madrid, 2012, 181 págs.

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta. “Fundamento de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales en la recepción de la pensión alimenticia”, en *Actualidad civil*, N° 15, 2011.

ROMERO COLOMA, Aurelia María: “La modificación del régimen de guarda y custodia por voluntad del hijo”, en *Diario La Ley*, N° 7600, 2011, págs. 1-5.



ROMERO COLOMA, Aurelia María: “La guarda y custodia compartida y las malas relaciones entre los progenitores”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 825 / 2011 (Comentario) (BIB 2011 / 1141).

ROMERO COLOMA, Aurelia María: “La guarda y custodia compartida como medida familiar favorable a los hijos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 814 / 2011 (Opinión) (BIB 2011 / 272)

SALINERO ROMÁN, Francisco: “La custodia compartida: el cambio de la custodia monoparental a la custodia por ambos progenitores”, en *XV Jornadas de Derecho de Familia organizadas por la Asociación Española de Abogados de Familia y el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla*. Sevilla, 2010.

SERRANO GARCÍA, José Antonio y BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: “Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo”, en *Guiones para el estudio del Derecho de familia y sucesiones en Aragón*, Ed. Kronos, Zaragoza, 2012, pp. 61-71.

TAMAYO HAYA, S.: “El interés del menor como criterio de atribución de la custodia”, en VV.AA.: *¿Crisis del sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y la familia* (Madrid, CEU ediciones, 2009), pp. 235 y ss.

TENA PIAZUELO, I.: “Las rupturas de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida”, en VV.AA: *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2008, pp. 45 y ss.

TENA PIAZUELO, I.: «Custodia compartida en Aragón (Ley 2 / 2010): ¿niños “de primera”?», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 1 / 2011 (Estudio), pp. 79-98 (BIB 2011 / 21)

UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: “STS de 15 de octubre de 2010: Custodia compartida sin acuerdo de los progenitores. Falta de valoración de los dictámenes periciales. Interés superior del menor que aconseja la continuación de la medida de guarda y custodia compartida”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 86, 2011 , págs. 1207-1224.

## DOS AÑOS DE CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN

ILMO. SR. D. EMILIO MOLINS GARCÍA-ATANCE

Magistrado

D. MANUEL FERRER ANDRÉS

Abogado

**SUMARIO:** I.- INTRODUCCIÓN. II.- LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY. III.- EL INCREMENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSOS. 1. Estadísticas sobre los procedimientos contenciosos. 2. La mediación familiar. IV.- LOS PACTOS Y DECISIONES JUDICIALES SOBRE CUSTODIA COMPARTIDA. 1. Información del Instituto Nacional de Estadística. 2. Datos obtenidos de la consulta de las sentencias dictadas por los tres Juzgados de Familia de Zaragoza. 3. Datos obtenidos de la consulta de las sentencias dictadas por los dos Juzgados de Violencia sobre la Mujer de Zaragoza. V.- A MODO DE CONCLUSIÓN.

### I.- INTRODUCCION.

El 8 de septiembre de 2010 entró en vigor la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia entre los padres, actualmente refundida en el Código del Derecho Foral de Aragón.

Con ella, tal y como se afirma en su preámbulo, se buscó promover el ejercicio de la custodia de forma compartida por ambos progenitores, en desarrollo de los principios rectores contenidos en el Estatuto de Autonomía de Aragón de protección de la familia y la infancia, y de igualdad entre el hombre y la mujer.

Su regulación, se añade, responde a una importante demanda social, y supone un cambio del esquema tradicional, al configurar la custodia compartida frente a la individual como “norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares”.

La custodia compartida, continúa el preámbulo, “se acepta mayoritariamente como un sistema progresista que fomenta la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de su autoridad familiar en el marco de una sociedad avanzada, que

promueve la igualdad de ambos sexos en todos los sectores y en la que el desarrollo profesional de la mujer y el deseo de los hombres de una mayor implicación en el ámbito familiar imponen un cambio en el esquema tradicional de atribuir la custodia en exclusiva a la madre. La custodia compartida favorece la distribución igualitaria de los roles sociales entre hombres y mujeres.”

Con este punto de partida, y a los dos años de la entrada en vigor de la regulación, el Foro de Derecho Aragonés se planteó la conveniencia de abordar, en la sesión de este martes 20 de noviembre, cómo ha sido, en este periodo, la aplicación de la llamada ley de custodia compartida en Aragón.

Conviene recordar la reflexión de Tomás-Ramón Fernández: “Las Leyes, todas las leyes, las buenas y las malas, pertenecen a los legisladores *hasta que se publican en el Boletín Oficial*. A partir de ese momento pasan a ser *nuestras*, de todos los operadores jurídicos, y quedan a expensas de nuestro trabajo, que unas veces contribuye a moldearlas y otras, incluso, termina por destruirlas”<sup>1</sup>.

Para poder conocer lo que ha sido la contribución de todos los operadores jurídicos, los integrantes de la mesa, al preparar la ponencia, consideramos que era necesario examinar tanto las sentencias dictadas por las tres Audiencias aragonesas y la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, como las dictadas por los Juzgados de Familia y los de Violencia sobre la Mujer, y acordamos acotar el campo de trabajo, en esta primera aproximación, centrándonos en los dos primeros años de aplicación de la norma.

La primera parte del estudio la ha realizado José Antonio Serrano García. Manuel Ferrer y yo hemos analizado las sentencias de primera instancia de los tres Juzgados especializados de Familia y los dos de Violencia sobre la Mujer de Zaragoza, considerando que nos podían ofrecer una visión suficientemente representativa de lo que ha supuesto la aplicación de la custodia compartida en Aragón.

En el capítulo de agradecimientos queremos destacar que la obtención de los datos ha sido posible gracias a la colaboración generosa de los Secretarios judiciales de estos órganos judiciales. María Jesús López Marín, María Teresa Aznar Primicia y José Antonio Laguardia Hernando nos han dado todas las facilidades para acometer el estudio de la aplicación de la Ley en cada uno de sus Juzgados, y nos han ayudado a interpretar y comprender la información que obteníamos. Por su parte, Marta Millán de Sus y María Soledad Monserrate Sabroso, Secretarías titulares de los dos Juzgados de Violencia sobre la Mujer, nos han proporcionado directamente los datos que necesitábamos, realizando ellas mismas las pesquisas del número y signo de los acuerdos de custodia adoptados en cada uno de los procedimientos.

También los Magistrados-Jueces titulares de los Juzgados nos han proporcionado claves imprescindibles para entender correctamente la información que nutre el presente trabajo.

---

1. NIETO, A. y FERNÁNDEZ, T-R, “El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces”, Ed. Ariel, Barcelona 1998, Pág. 106.

Finalmente, aunque podría figurar en primer lugar, agradecemos el compromiso con este estudio del Juez Decano Ángel Dolado Pérez al facilitarnos, junto con la psicóloga Lidia Rodríguez Benito, datos fundamentales sobre la mediación familiar que nos han permitido profundizar en los mecanismos que facilitan la autocomposición, esto es, la obtención de soluciones consensuadas, propias de la autonomía personal, en una materia tan necesitada de acuerdos como la que es objeto nuestro trabajo.

Todos ellos son, en buena medida, corresponsables del mismo.

## **II.- LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY.**

Un primer dato que nos permite valorar la acogida de la Ley por la sociedad aragonesa es el número de procedimientos que se han presentado tras su entrada en vigor, porque la Disposición transitoria sexta dispone, de una parte, que las normas de la Sección 3ª del Capítulo II del Título II son de aplicación a la revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad al 8 de septiembre de 2010, y de otra, que la solicitud de custodia compartida por uno de los progenitores es causa de revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior durante un año a contar del 8 de septiembre de 2010.

En definitiva, en un ámbito jurídico en el que la efectividad de la norma pasa necesariamente por la tramitación de un procedimiento judicial, aunque exista acuerdo entre los progenitores, la estadística judicial nos va a proporcionar información relevante para conocer la aplicación de la Ley.

Para analizar cuantitativamente la litigiosidad que ha producido la nueva regulación hemos consultado las Memorias del Consejo General del Poder Judicial de los años 2009, 2010 y 2011, y en concreto al apartado de Panorámica de la Justicia.

En el año 2009 constan un total de 2.956 procedimientos de nulidad, separación y divorcio incoados en Aragón.

En el año 2010 los procedimientos de nulidad, separación y divorcio se redujeron a 2.896. Los procedimientos de modificación de medidas, consensuadas o no consensuadas, matrimoniales y de guarda, custodia o alimentos fueron 1.019.

En 2011, los procedimientos del primer grupo bajaron levemente a 2.821, mientras que los segundos sumaron un total de 1.515 procedimientos.

De estas cifras resulta un sensible incremento de las modificaciones de medidas, propiciado por la entrada en vigor de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia entre los padres. En efecto, el régimen transitorio de la Ley supuso en 2011 un aumento respecto al año 2010 del 48,68 % en los procedimientos de modificación de medidas. Este porcentaje se está manteniendo en 2012 y ha generado un volumen de trabajo difícil de asumir por los tres Juzgados de Familia.

### III.- EL INCREMENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSOS.

Otro de los factores que debe ser estudiado es el referente al número de procedimientos contenciosos iniciados al amparo de la nueva normativa, para comprobar si la misma ha dado lugar a un incremento porcentual de dichos procedimientos.

Hay autores<sup>2</sup> que se habían planteado la posibilidad de un incremento de la litigiosidad por el alto grado de impredecibilidad de la resolución judicial que existía al tener que decidir el Juez por uno u otro tipo de custodia.

#### 1. Estadísticas sobre los procedimientos contenciosos.

Las cifras son las siguientes:

- Año 2009: 1- Aragón: 1.009 – 34,13 %- ( nulidades, divorcios y separaciones contenciosas)

2- Aragón: 1.947 – 65,87 %- ( divorcios y separaciones de común acuerdo).

3- Total de España: 1- 50.689 – 40,68%- (nulidades, divorcios y separaciones contenciosas).

4.- Total de España: 1- 73.905 –59,32%- ( divorcios y separaciones de mutuo acuerdo).

- Año 2010: Nulidades, separaciones y divorcios:

1- Aragón, contenciosos: 1.019 – 35,19%- ( nulidades, divorcios y separaciones contenciosas).

2- Aragón, mutuo acuerdo: 1.877 – 64,81 %- ( divorcios y separaciones de común acuerdo).

3- España, contenciosos: 51.517 – 40,35 %- ( nulidades, divorcios y separaciones contenciosas).

4- España, mutuo acuerdo: 76.165 – 59,65 %- ( divorcios y separaciones de mutuo acuerdo).

Modificaciones de medidas matrimoniales y de guarda, custodia y alimentos:

1- Aragón, contenciosos: 750 – 73,60%-

2- Aragón, mutuo acuerdo: 269 – 26,40 %-

3- Total España, contenciosos: 33.881 – 71,29 %-

4- Total España, mutuo acuerdo: 13.647 – 28,71 %-

- Año 2011: Nulidades, separaciones y divorcios:

1- Aragón, contenciosos: 999 – 35,41 %-

2- Aragón, mutuo acuerdo: 1.822 –64,59 %-

2. Así, Carlos Martínez de Aguirre, en este mismo Foro, hace dos años. Razonaba que la ley no contiene elementos que permitan concretar la importancia de cada uno de los factores que deben ponderarse a la hora de optar por el tipo de custodia, lo que confiere al Juez amplios poderes de decisión y dota al sistema de flexibilidad – “La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad”, Foro de Derecho Aragonés, Ed. El Justicia de Aragón, 2011, págs. 155 y 156-.



3- Total España: 50.979 – 40,88 %-

4- Total España: 73.723 – 59,12 %-

Modificaciones de medidas matrimoniales y de guarda, custodia y alimentos:

1- Aragón, contenciosos: 1.071 – 70,70%-

2- Aragón, mutuo acuerdo: 444 – 29,30 %-

3- Total España, contenciosos: 39.030 –71,22%-

4- Total España, mutuo acuerdo: 15.769 –28,78%-

De los expresados porcentajes podemos extraer las siguientes conclusiones:

- Con carácter general, los procedimientos de familia se tramitan con un grado elevado de seguridad jurídica, con una razonable previsibilidad del resultado, fruto de diversos factores<sup>3</sup>, que facilita la autocomposición, esto es, la solución del conflicto por acuerdo de las partes, sin la imposición de una solución por un tercero -el Juez-.

- Existe una correcta práctica profesional por parte de los letrados que intervienen en este tipo de procedimientos, porque en su mayoría buscan y alcanzan acuerdos satisfactorios con la parte contraria, sin someter a sus clientes al sobre coste personal, emocional y económico de un procedimiento sustanciado con oposición.

- En este sentido, el trabajo de los profesionales aragoneses resulta muy satisfactorio en comparación con el resto de España. Salvo las modificaciones contenciosas de medidas del año 2010, que resultan en porcentaje ligeramente más altas en Aragón, el resto de la estadística consultada nos muestra unos índices de litigiosidad inferiores en Aragón a la media del país.

- Fruto del buen hacer de los abogados de familia es el elevado número de procedimientos consensuales que se tramitan conforme al artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien el significativo número de procesos iniciados con oposición –artículo 770- que concluyen luego de común acuerdo tras haber acercado posturas los cónyuges durante la tramitación de la causa. Esto confirma que los ciudadanos, debidamente asesorados, entienden más favorable para sus hijos y para ellos mismos pactar las condiciones de la ruptura familiar.

- En lo que constituye propiamente la aplicación de la Ley 2/2010 el análisis del año 2011 nos muestra que su entrada en vigor ha supuesto un mínimo incremento del porcentaje de litigiosidad<sup>4</sup>, de algo más de un punto –entendida la litigiosidad en este caso como aumento del porcentaje de procedimientos seguidos con efectiva contradicción– respecto a la situación anterior a su vigencia.

3. Sin duda alguna, y en primer lugar, la buena disposición de los profesionales, con una práctica que responde a las exigencias deontológicas de la Abogacía. Y también, entre otros, la existencia de “tablas” para la fijación de alimentos a los hijos ha facilitado la solución de muchas controversias sin tramitar un procedimiento contencioso.

4. Nos referimos en este momento a la mera comparación porcentual entre procedimientos tramitados con oposición y los sustanciados de mutuo acuerdo. Por supuesto, en términos cuantitativos la litigiosidad se incrementó porque en 2011 aumentaron casi un 50 % las modificaciones de medidas.

- Sin embargo, desde luego en Aragón, aunque también en el resto de España<sup>5</sup>, se puede constatar que la mediación no está funcionando como cabía esperar. Son, en definitiva, los propios abogados quienes están cumpliendo la función de evitar – o limitar al menos– que sea el Juez quien resuelva la controversia familiar.

## 2. La mediación familiar.

Merece la pena profundizar un poco en esta cuestión con los datos que nos ha facilitado el Decanato:

### DERIVACIONES DESDE LOS JUZGADOS A PSIP 2010/2011

#### Primera sesión informativa presencial

|                 |            |  |           |
|-----------------|------------|--|-----------|
| Noviembre 2010  | 3          |  |           |
| Diciembre 2010  | 5          |  |           |
| Enero 2011      | 5          |  |           |
| Febrero 2011    | 10         |  |           |
| Marzo 2011      | 13         |  |           |
| Abril 2011      | 21         |  |           |
| Mayo 2011       | 5          |  |           |
| Junio 2011      | 0          |  |           |
| Julio 2011      | 14         |  |           |
| Septiembre 2011 | 15         |  |           |
| Octubre 2011    | 18         |  |           |
| Noviembre 2011  | 22         |  |           |
| Diciembre 2011  | 5          |  |           |
| <b>Total</b>    | <b>136</b> |  |           |
|                 |            | <b>ACCEDEN A MEDIACIÓN<br/>2010/2011</b> | <b>55</b> |
|                 |            | <b>TERMINAN LA MEDIACIÓN</b>             | <b>55</b> |
|                 |            | <b>Con Acuerdo Total</b>                 | <b>12</b> |
|                 |            | <b>Con Acuerdo Parcial</b>               | <b>2</b>  |
|                 |            | <b>Sin Acuerdo</b>                       | <b>41</b> |

5. En este sentido Isaac Tena destaca que no falta quienes aluden llanamente al fracaso de la mediación familiar, y concluye que la mediación no ha tenido oportunidad de manifestarse en toda su utilidad –TENA PIAZUELO, I., “Crisis de pareja, mediación familiar y reconciliación: reseña de una oportunidad perdida”, Rev. Actualidad Civil, nº 13-14, julio de 2012, págs. 1484 y 1490.

## DERIVACIONES DESDE LOS JUZGADOS A PSIP 2012

|                   |           |                                 |           |
|-------------------|-----------|---------------------------------|-----------|
| <b>Enero 2012</b> | <b>9</b>  |                                 |           |
| <b>Febrero</b>    | <b>7</b>  |                                 |           |
| <b>Marzo</b>      | <b>15</b> |                                 |           |
| <b>Abril</b>      | <b>1</b>  |                                 |           |
| <b>Mayo</b>       | <b>4</b>  |                                 |           |
| <b>Junio</b>      | <b>4</b>  |                                 |           |
| <b>Julio</b>      | <b>1</b>  |                                 |           |
| <b>Septiembre</b> | <b>0</b>  |                                 |           |
| <b>Octubre</b>    | <b>2</b>  |                                 |           |
|                   |           |                                 |           |
| <b>Total</b>      | <b>43</b> |                                 |           |
|                   |           | <b>ACCEDEN A MEDIACIÓN 2012</b> | <b>21</b> |
|                   |           | <b>TERMINAN LA MEDIACIÓN</b>    | <b>16</b> |
|                   |           | <b>Con Acuerdo Total</b>        | <b>7</b>  |
|                   |           | <b>Con Acuerdo Parcial</b>      | <b>3</b>  |
|                   |           | <b>Sin Acuerdo</b>              | <b>6</b>  |
|                   |           | <b>EN PROCESO</b>               | <b>5</b>  |

En total, en los dos años analizados, las mediaciones judiciales supusieron 24 acuerdos totales o parciales, esto es, 12 acuerdos de media por año.

A ello debemos añadir las mediaciones extrajudiciales. Se trata de mediaciones derivadas de los Centros de Salud, colegios, servicios sociales, o iniciadas directamente por los interesados, al tener conocimiento de la existencia de este tipo de mediación. Normalmente los que la demandan no disponen aún de asesoramiento de abogado, y el proceso que se sigue es similar al anterior, es decir, comienza con una primera sesión informativa presencial, y si las partes lo aceptan, pasan después a mediación. Consideramos que también estos casos deben ser contabilizados para calcular la incidencia real de la mediación familiar en los procedimientos de mutuo acuerdo que se han podido alcanzar en estos dos años.

Las cifras de 2011 nos muestran 55 acuerdos alcanzados en toda la provincia de Zaragoza.<sup>6</sup>

Hablamos por tanto, en total, de 67 acuerdos en el año 2011. Según los datos obtenidos en los Juzgados de Familia de Zaragoza capital, el número de acuerdos alcanzados respecto al tipo de custodia de los menores o incapacitados en 2011 es de 866. En el mejor de los casos –puesto que la comparación la hacemos únicamente con las cifras de los Juzgados de la capital de la provincia-, y aceptando que todas estas mediaciones hayan derivado en un procedimiento judicial de

6. Las cifras y un detallado informe se pueden consultar en: [http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Departamentos/SanidadBienestarSocialFamilia/BienestarSocialFamilia/Areas/03\\_Familia/Carpeta%20de%20documentos/Memoria%20Anual%20Ejercicio%202011%20para%20Portal.pdf](http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Departamentos/SanidadBienestarSocialFamilia/BienestarSocialFamilia/Areas/03_Familia/Carpeta%20de%20documentos/Memoria%20Anual%20Ejercicio%202011%20para%20Portal.pdf)

mutuo acuerdo, existe una incidencia real de la mediación familiar, a través de los servicios intra y extraprocesales, del 7,73 % del total<sup>7</sup>.

Lo más relevante del informe del Decanato sobre mediación intrajudicial que acompaña estos datos, es lo siguiente:

1.- Hay una considerable disminución en 2012 de las derivaciones a primera sesión informativa presencial. El año pasado (sin contar noviembre y diciembre 2010) hasta octubre 2011, se llevaron a cabo 101 sesiones informativas (PSIP). En el presente año hasta las mismas fechas 43 PSIP.

Es considerable la disminución de las derivaciones a primera sesión informativa presencial PSIP. En ello pueden haber influido que han descendido las derivaciones de otras provincias, por la complicación que supone trasladarse a Zaragoza para una sesión informativa y luego negarse a acceder al proceso de mediación.

2.- En la parte positiva, se detecta que de las derivaciones al servicio de mediación ha habido un aumento en acuerdos, tanto totales como parciales. Sacando el cómputo global del 2010/11, de 136 PSIP pasaron a mediación 55 (40,44%) y hubo un 25,45% de acuerdos (totales y parciales). Y en lo que llevamos del año 2012 ha habido 41 PSIP (no se contabiliza octubre ya que aunque ha habido dos derivaciones en dicho mes, no se han realizado las sesiones informativas y no se sabe el resultado de ellas) pasando a mediación un total de 21 (51,21%) con un 62,50% de acuerdos totales y parciales (sin contar los que están en proceso).

3.- Los acuerdos a los que llegan sobre custodia compartida suelen ser en general repartos de tiempos complementarios con preferencia a periodos alternos, es decir ampliación de pernoctas entre semana. Aunque se deciden por periodos alternos cuando llevan turnos diferentes y entonces alternan las semanas. Cuando las partes llegan a acuerdos parciales suelen hacerlo en el tema de custodia y en este caso el informe psicosocial ya no es necesario. Cuesta mucho más llegar a acuerdos en temas económicos o de vivienda.

En el servicio de mediación familiar se considera que los usuarios están contentos con la mediación en general, tanto con la PSIP en los Juzgados (la mitad son convencidos de iniciar un proceso de mediación) como con el servicio de la Dirección General de Familia; algunos hubieran deseado acudir antes de llegar al extremo en el que se encuentran actualmente. La información obtenida por parte de los mediadores de la Dirección General de Familia detecta que aunque las partes no obtengan acuerdos, el clima de cooperación durante las sesiones es bueno. Aunque también informan de que en alguna ocasión, habiendo firmado las partes los acuerdos, son los abogados los que finalmente no presentan el Plan al encontrar que no beneficia a sus clientes y lo "echan atrás".

Finalmente, en el servicio de mediación se confiaba en que, con el tiempo, la necesidad de la PSIP y posterior intento de mediación se convertiría en una práctica rutinaria, pero la mediación en el procedimiento contencioso entraña

---

7. La cifra real es, desde luego, inferior porque faltan por contabilizar los acuerdos judiciales del resto de los Juzgados de la provincia de Zaragoza.

mayores complicaciones, mayor conflicto y más cronificado lo que reduce las posibilidades de éxito. Quizá esto último también contribuya a una reducción en las derivaciones y menor motivación a la hora de hacerlo.

#### IV.- LOS PACTOS Y DECISIONES JUDICIALES SOBRE CUSTODIA COMPARTIDA.

Una tercera cuestión, la de mayor interés, es el estudio de los acuerdos y decisiones judiciales adoptados sobre custodia compartida. Nos interesa tanto la autonomía personal, como las soluciones heterónomas o de heterocomposición, las dadas por el Juez.

El punto de partida, anterior a la vigencia de la Ley aragonesa, es bien conocido. Eran muy escasos los convenios matrimoniales en los que los cónyuges pactaban la custodia compartida, y prácticamente inexistentes los pronunciamientos judiciales que acordaban dicho tipo de custodia al amparo del Derecho civil común.

##### 1. Información del Instituto Nacional de Estadística.

El Instituto Nacional de Estadística<sup>8</sup> nos ofrece las siguientes cifras –totales, es decir, incluyendo procedimientos de mutuo acuerdo y contenciosos- en Aragón:

**2007**

- Custodia a la madre: 1.230
- Custodia al padre: 97
- Custodia compartida: 158

Esto supone un porcentaje total, en 2007, del 10,63 % de custodias compartidas en Aragón.

---

8. Respecto al procedimiento de obtención de datos, el INE nos ha informado: “La Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios presenta año a año una importante falta de respuesta en algunas CCAA. Los Juzgados competentes deben rellenar un cuestionario estadístico por cada sentencia firme de disolución matrimonial. Hay Juzgados que no cumplimentan los cuestionarios del INE. Esto nos obliga a realizar una estimación del número de disoluciones matrimoniales aplicando factores de corrección a la información obtenida de cada tipo de disolución (separación de mutuo acuerdo; separación contenciosa; divorcio consensuado; divorcio no consensuado y nulidad).

Los factores de corrección se calculan a partir de información auxiliar que proporciona el Consejo General del Poder Judicial. La estimación del número de sentencias dictadas se obtiene a través del número de “asuntos resueltos restantes” del CGPJ, que incluye los asuntos terminados sin que lo hayan hecho por transformación en otro procedimiento. Es decir, incluyen las sentencias dictadas y, en mucha menor cantidad, autos finales principalmente de desistimientos. El CGPJ no proporciona ambos componentes por separado por lo que debe tenerse en cuenta que la estimación tiene un mínimo error positivo, no cuantificable.

Respecto a la variable “custodia” (padre, madre, ambos, otros o no procede) en aquellos juzgados que han rellenado el cuestionario siempre viene con respuesta pues es una variable obligatoria. Por lo tanto, la falta de respuesta de la variable custodia coincide con la falta de respuesta total, es decir, con el número de juzgados que no han cumplimentado el cuestionario.

El porcentaje de respuesta se obtiene a partir de los factores de corrección de cada provincia. En la Comunidad de Aragón, en el año 2011, el factor de corrección medio fue 1,9, lo que significa que el INE recibió los cuestionarios correspondientes al 53% de los asuntos resueltos restantes que los Juzgados de Aragón enviaron al CGPJ.

El INE es consciente de que debe mejorarse la cobertura de esta Estadística, y de hecho lleva intentando muchos años conseguir la colaboración de los órganos judiciales, con un resultado positivo pero claramente insuficiente. Una mejor colaboración redundaría en una mayor utilidad de la información para los principales usuarios, entre los que se encuentran los propios órganos judiciales.”



### 2008

- Custodia a la madre: 1.275
- Custodia al padre: 56
- Custodia compartida: 120

Esto supone un porcentaje total, en 2008, del 8,27 % de custodias compartidas en Aragón.

### 2009

- Custodia a la madre: 1061
- Custodia al padre: 76
- Custodia compartida: 125

Esto supone un porcentaje total, en 2009, del 9,9 % de custodias compartidas en Aragón.

### 2010

- Custodia a la madre: 1006
- Custodia al padre: 102
- Custodia compartida: 192

Esto supone un porcentaje total, en 2010, del 14,77 % de custodias compartidas en Aragón.

### 2011

- Custodia a la madre: 953
- Custodia al padre: 99
- Custodia compartida: 248

Esto supone un porcentaje total, en 2011, del 19,07 % de custodias compartidas en Aragón.

## **2. Datos obtenidos de la consulta de las sentencias dictadas por los tres Juzgados de Familia y los dos de Violencia sobre la Mujer de Zaragoza.**

Para interpretar correctamente las tablas y gráficos que hemos elaborado es necesario precisar que la división entre procedimientos que terminan por acuerdo y sin acuerdo no responde a la forma de iniciación de los mismos, conforme a los artículos 777 y 770 LEC, sino al modo en que han terminado. Hablamos de mutuo acuerdo siempre que las partes hayan alcanzado el mismo respecto a la forma de custodia de los hijos menores o incapaces, con independencia del cauce procesal por el que se haya sustanciado la demanda y aunque el acuerdo haya resultado parcial y se refiera únicamente a la forma de custodia.

Otra puntualización es que la casuística resulta muy amplia. Las modalidades de custodia cuando las partes alcanzan el acuerdo son muy numerosas, porque la regulación de las relaciones familiares va a tener que satisfacer las necesidades singulares de cada una de las parejas con hijos a su cargo. Por ello la única forma de sistematizarlas ha pasado necesariamente por uniformar los resultados acu-

diendo a unas categorías de custodia compartida en las que hemos incluido la totalidad de las aprobadas o acordadas judicialmente, sin poder precisar en toda su riqueza los elementos peculiares de cada una de ellas.

Los datos que ofrecemos pueden estar sujetos a algunos pequeños errores porque hay casos en los que no resulta fácil deslindar si la custodia es individual o compartida. Hay supuestos dudosos que son exponente de los amplios márgenes que ofrece la posibilidad de pactar dentro del Derecho aragonés. En cualquier caso, el objetivo de revisar todas las sentencias de los dos primeros años de vigencia de la Ley en los tres Juzgados de Familia y los dos de Violencia de Zaragoza no era realizar un trabajo estadístico y matemático al 100%, sino extraer conclusiones que puedan servir para orientarnos sobre cómo se desenvuelven los interesados y los operadores jurídicos desde que entró en vigor la Ley 2/2010 de Aragón, que contempla la custodia compartida como sistema preferente, a día de hoy refundida en el Código del Derecho Foral de Aragón. Hay que advertir, por último, que los datos sobre modificación de medidas solicitadas por el padre, que desglosamos del total, son incompletos, porque empezamos a tomarlos una vez iniciado el trabajo de campo. Pueden servir, no obstante, de orientación por los porcentajes que suponen de modificación o no de las custodias preexistentes.

Una vez realizadas las anteriores precisiones, pasamos a exponer el resultado del trabajo de campo realizado, que acompañamos en tres anexos.

**Anexo 1:** En este anexo se encuentra el resumen del número de sentencias, distinguiendo las dictadas con acuerdo de las partes, de las restantes, y los porcentajes de custodias de cada clase.

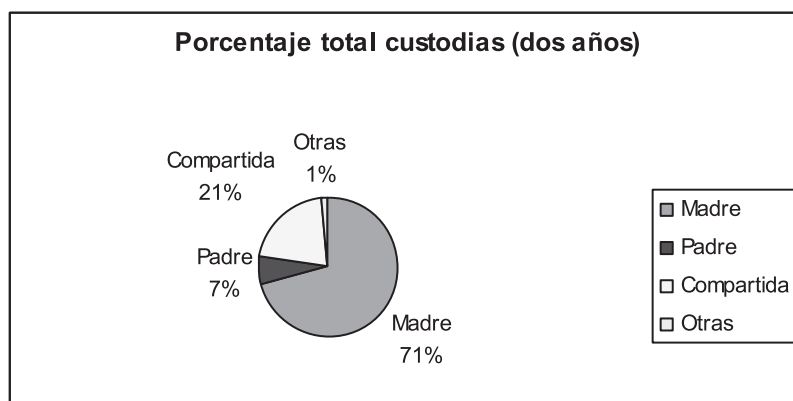
**Anexo 2:** Incluye el desglose por años, diferenciando también entre mutuo acuerdo y contenciosas.

**Anexo 3:** Aquí está la misma estadística anterior, pero de todo el periodo analizado.

Analicemos ahora los resultados:

#### **Porcentaje total custodias (dos años)**

|                   | <b>Total</b> | <b>%</b>  |
|-------------------|--------------|-----------|
| <b>Madre</b>      | <b>1738</b>  | <b>71</b> |
| <b>Padre</b>      | <b>167</b>   | <b>7</b>  |
| <b>Compartida</b> | <b>520</b>   | <b>21</b> |
| <b>Otras</b>      | <b>31</b>    | <b>1</b>  |



La primera conclusión que cabe extraer es que se ha duplicado el número de custodias compartidas respecto a las que se alcanzaban –por acuerdo de las partes- antes de la aprobación de la Ley 2/2010.

Aun así, sigue siendo muy mayoritaria la custodia de los menores e incapacitados a favor de la madre.

Otra circunstancia de interés es la evolución de las custodias compartidas. Se aprecia en el desglose por años:

| <b>Primer año total</b> | <b>%</b>    |
|-------------------------|-------------|
| <b>Madre</b>            | <b>72,2</b> |
| <b>Padre</b>            | <b>6,9</b>  |
| <b>Compartida</b>       | <b>19,7</b> |
| <b>Otros</b>            | <b>1,2</b>  |

| <b>Segundo año total</b> | <b>%</b>   |
|--------------------------|------------|
| <b>Madre</b>             | <b>70</b>  |
| <b>Padre</b>             | <b>6,7</b> |
| <b>Compartida</b>        | <b>22</b>  |
| <b>Otros</b>             | <b>1,3</b> |

Se observa un incremento progresivo de las custodias compartidas a lo largo del tiempo. En los totales del primer y segundo año las compartidas aumentan más de dos puntos.

Otro elemento de interés es la clara diferencia que se aprecia entre las sentencias dictadas con acuerdo de las partes, y las contenciosas en las que el Juez tiene que decidir la controversia:

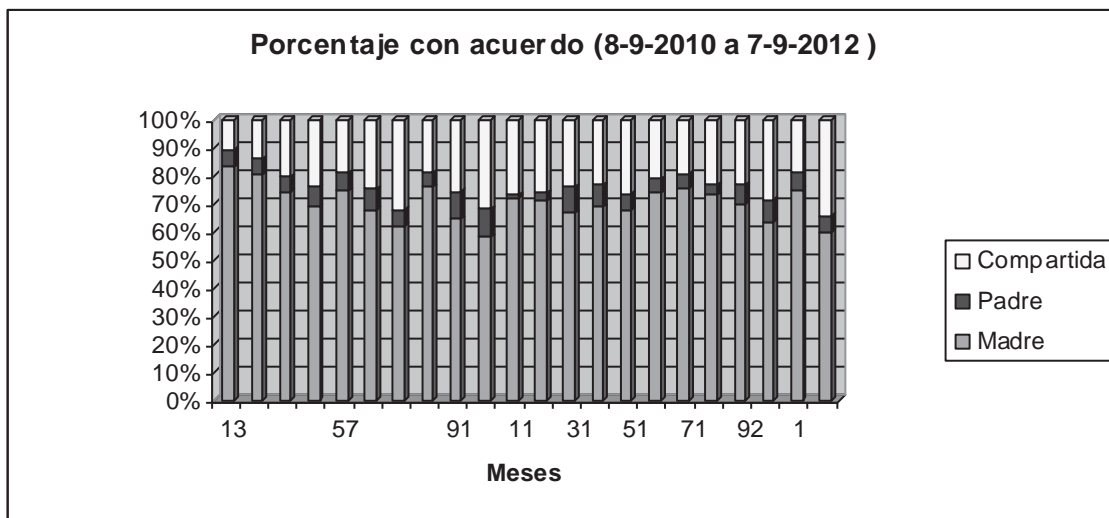
Porcentaje con acuerdo (8-9-2011 al 7-9-2012)

|                   |           |
|-------------------|-----------|
| <b>Madre</b>      | <b>69</b> |
| <b>Padre</b>      | <b>6</b>  |
| <b>Compartida</b> | <b>25</b> |

Porcentaje sin acuerdo (8-9-2011 al 7-9-2012)

|                   |             |
|-------------------|-------------|
| <b>Madre</b>      | <b>72,8</b> |
| <b>Padre</b>      | <b>8,8</b>  |
| <b>Compartida</b> | <b>18,4</b> |

No obstante, la evolución se aprecia mejor en esta gráfica por años:



Interesa también analizar las modalidades de custodias y el porcentaje de cada una de ellas:

Porcentajes por tipos de custodias, de común acuerdo y contenciosas, de los dos años examinados:

|                             |             |            |             |             |
|-----------------------------|-------------|------------|-------------|-------------|
| <b>Mixta</b>                | <b>5</b>    | <b>4</b>   | <b>9</b>    | <b>0,4</b>  |
| <b>Repartida</b>            | <b>14</b>   | <b>1</b>   | <b>15</b>   | <b>0,6</b>  |
| <b>A ninguno de los dos</b> | <b>5</b>    | <b>2</b>   | <b>7</b>    | <b>0,3</b>  |
| <b>Madre</b>                | <b>1219</b> | <b>519</b> | <b>1738</b> | <b>70,8</b> |
| <b>Padre</b>                | <b>106</b>  | <b>61</b>  | <b>167</b>  | <b>6,8</b>  |
| <b>Compartida</b>           | <b>411</b>  | <b>109</b> | <b>520</b>  | <b>21,2</b> |

Por “custodia mixta” entendemos los supuestos –normalmente de mutuo acuerdo– en los que hay un primer periodo en el que el menor está con un progenitor, y alcanzada cierta edad pasa a custodia compartida.

En la “custodia repartida” incluimos los casos en los que, como excepción a la regla general de no separar a los hermanos<sup>9</sup>, hay un reparto de hijos entre los dos

9. El artículo 80.4 del Código del Derecho Foral de Aragón dispone: «salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos».

Además, el artículo 92.5 del Código Civil parece acentuar el principio de no separación de hermanos en la guarda y custodia conjunta o compartida, hasta el punto de que literalmente en ningún otro caso se refiere a esa obligación de procurar no separar a los hermanos: «se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. EL Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos». La profesora M<sup>a</sup> Angustias Martos Calabrús en Revista de Derecho de Familia n<sup>o</sup> 55, editorial Lex Nova, páginas 27-41, en su artículo «La no separación de los hermanos en la crisis matrimonial o de pareja y en otras circunstancias» opina que el principio de no separación de hermanos vale tanto para la guarda y custodia compartida como para la no compartida.

progenitores. Suelen ser custodias pactadas por las partes –aunque no todas– y en ellas se trasluce la importancia del criterio de los menores.

El apartado “a ninguno de los dos” recoge supuestos de atribución a otros familiares o en que se da cuenta de la situación de los menores a los servicios sociales, porque los progenitores no pueden hacerse cargo de los hijos.

Porcentajes por tipos de custodias compartidas, de común acuerdo y contenciosas, de los dos años examinados:

| <b>Compartida</b>         | <b>Total</b> | <b>%</b> |
|---------------------------|--------------|----------|
| por días                  | 10           | 1,9      |
| por semanas alternas      | 137          | 26,4     |
| por quincenas o 2 semanas | 57           | 11,0     |
| por meses                 | 66           | 12,7     |
| por bimestres             | 19           | 3,7      |
| por trimestres naturales  | 11           | 2,1      |
| por trimestres escolares  | 2            | 0,4      |
| por semestres             | 27           | 5,2      |
| por cursos escolares      | 6            | 1,2      |
| por años                  | 8            | 1,5      |
| por otros periodos        | 176          | 33,9     |

La categoría de “custodia compartida por otros periodos” comprende las numerosas custodias en las que el menor convive con la madre, y pasa con el padre una o varias tardes entre semana, con o sin pernocta, más fines de semana alternos. Es el mayor grupo de todos, pero no es uniforme en su contenido porque dentro de él las modalidades de pacto son muy variadas, y comprenden desde custodias compartidas con distribución desigual del tiempo, hasta auténticas custodias individuales a favor de la madre, pero que han recibido de las partes la denominación formal de “custodia compartida”. En estas estipulaciones se evidencia la importancia que tiene para los progenitores del nombre de custodia compartida, con independencia de la modalidad real de pacto que subyace en dicha custodia.

A nuestro juicio, esta modalidad tiene una gran relevancia estadística, porque evidencia que la realidad de las custodias compartidas, no la mera denominación que las partes le han querido dar, es inferior a la que resulta de los porcentajes antes detallados. Es decir, en los dos años de aplicación de la Ley no se han acordado un 21 % de custodias compartidas, sino una cifra inferior, difícil de calcular porque hay un margen de transición entre la custodia individual y la compartida que es difícil de calificar, pero que puede alcanzar un 18 o 19 %.



### 3. Datos obtenidos de la consulta de las sentencias dictadas por los dos Juzgados de Violencia sobre la Mujer de Zaragoza.

#### A.- Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Zaragoza:

- Año 2010 (desde septiembre)
  - Custodia a favor del padre: 2
  - Custodia a favor de la madre: 11
  - Custodia compartida: 0
- Año 2011
  - Custodia a favor del padre: 1
  - Custodia a favor de la madre: 29
  - Custodia compartida: 0
- Año 2012 (hasta septiembre)
  - Custodia a favor del padre: 1
  - Custodia a favor de la madre: 18
  - Custodia compartida: 0

#### B.- Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Zaragoza:

- Año 2010 (desde septiembre)
  - Custodia a favor del padre: 0
  - Custodia a favor de la madre: 10
  - Custodia compartida: 0
- Año 2011
  - Custodia a favor del padre: 0
  - Custodia a favor de la madre: 57
  - Custodia compartida: 0
- Año 2012
  - Custodia a favor del padre: 0
  - Custodia a favor de la madre: 55
  - Custodia compartida: 1

#### V.- A MODO DE CONCLUSIÓN.

Es obvio que la entrada en vigor el 8-9-10 de la ley 2/2010, hoy integrada en el CDFA, ha hecho subir el número de custodias compartidas en Aragón, pasando del 9,9% en 2009 a algo más del 22 % en Zaragoza capital, en este momento y según nuestro estudio. No podía ser de otro modo ante la claridad del mandato contenido en el art. 80.2 del CDFA: "El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia indi-

vidual sea más conveniente”, máxime si lo comparamos con el art. 92.8 del C.C. que era el precepto vigente anteriormente, y que hasta la sentencia del Tribunal Constitucional de 17-10-2012 exigía un informe “favorable” del Ministerio Fiscal para acordar la custodia compartida, entre otros requisitos. Lo extraño hubiese sido que no se incrementase la cifra de custodias compartidas con el cambio legal producido.

Sin embargo, tampoco podemos dejar de lado que la atribución de custodias sigue siendo mayoritariamente para la madre, tanto en procedimientos en los se ha alcanzado un acuerdo, como en los que han terminado con pronunciamientos acordados por el Juez. Evidentemente, la huella de las casi tres décadas en las que la guarda y custodia era concedida a la mujer de forma abrumadoramente mayoritaria se sigue dejando notar. Seguramente en los próximos años aumentará el número de custodias compartidas, no sólo por la legislación actual, sino porque van cambiando los papeles de padres y madres en relación con sus hijos.

Por el tipo de acuerdos analizados podemos concluir, sin duda, que la entrada en vigor de la custodia compartida como sistema preferente en Aragón ha dado lugar a que, en los supuestos de custodia exclusiva, el régimen de visitas o estancias de los hijos con el progenitor no custodio haya crecido, con una mayor duración del fin de semana alterno, en muchos casos hasta el lunes a la entrada del colegio, y con mayor número de horas de visitas intersemanales. Incluso en algún supuesto se han incrementado las vacaciones estivales a los días no lectivos de junio y de septiembre.

En definitiva, tanto la custodia compartida, como también esta ampliación del régimen de visitas constituyen pasos que encaminan a una progresiva y mayor asunción de responsabilidad de los padres en el cuidado y educación de los hijos.

No obstante, junto a estos efectos positivos y a la expresada perspectiva de futuro, conviene concluir recordando también lo que a nuestro juicio debe ser el objetivo fundamental en la tramitación de cualquier supuesto de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo –con la actual regulación aragonesa, o con cualquier otra–, y es que, exceptuando las situaciones patológicas del art. 80.6 CDFA, la actitud de los progenitores y el trabajo de los profesionales deben estar siempre orientados a evitar que ningún menor llegue a perder la relación con su padre o con su madre. Este es el mínimo que debemos intentar alcanzar.

# **ANEXOS CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN**

*Ilmo. Sr. D. Emilio Molins García-Atance y D. Manuel Ferrer Andrés*

**ANEXO I**

PÁG. 313

**ANEXO II**

PÁG. 316

**ANEXO III**

PÁG. 320

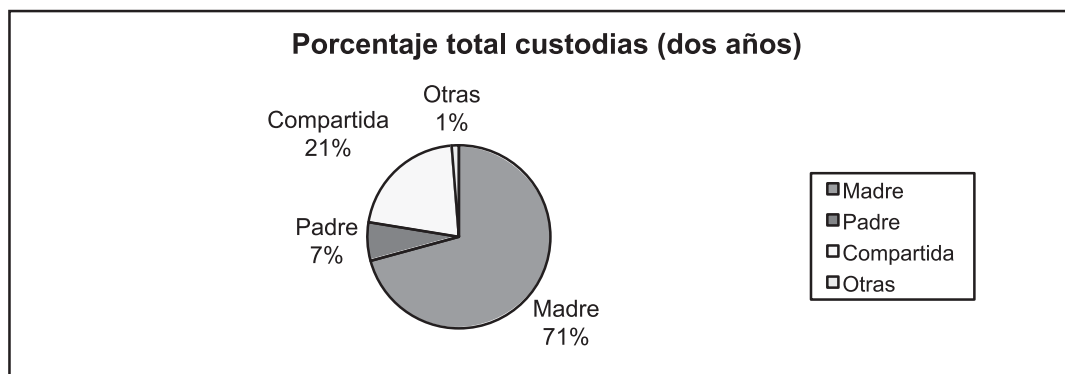


## ANEXO I

Juzgados Familia nº 5, 6 y 16 y V. sobre la Mujer nº 1 y 2 de Zaragoza del 8-9-10 al 7-9-12

| año                       | Total con acuerdo | Total sin acuerdo | TOTAL | %    |
|---------------------------|-------------------|-------------------|-------|------|
| mes                       |                   |                   |       |      |
| Mixta                     | 5                 | 4                 | 9     | 0,4  |
| Repartida                 | 14                | 1                 | 15    | 0,6  |
| A ninguno de los dos      | 5                 | 2                 | 7     | 0,3  |
| Madre                     | 1219              | 519               | 1738  | 70,8 |
| Padre                     | 106               | 61                | 167   | 6,8  |
| Compartida                | 411               | 109               | 520   | 21,2 |
| por días                  | 6                 | 4                 | 10    | 1,9  |
| por semanas alternas      | 121               | 16                | 137   | 26,3 |
| por quincenas o 2 semanas | 48                | 9                 | 57    | 11,0 |
| por meses                 | 51                | 15                | 66    | 12,7 |
| por bimestres             | 16                | 3                 | 19    | 3,7  |
| por trimestres naturales  | 8                 | 3                 | 11    | 2,1  |
| por trimestres escolares  | 2                 | 0                 | 2     | 0,4  |
| por semestres             | 16                | 11                | 27    | 5,2  |
| por cursos escolares      | 2                 | 4                 | 6     | 1,2  |
| por años                  | 1                 | 7                 | 8     | 1,5  |
| por otros periodos        | 140               | 36                | 176   | 33,8 |

| Porcentaje total custodias (dos años) |       |    |
|---------------------------------------|-------|----|
|                                       | Total | %  |
| Madre                                 | 1738  | 71 |
| Padre                                 | 167   | 7  |
| Compartida                            | 520   | 21 |
| Otras                                 | 31    | 1  |



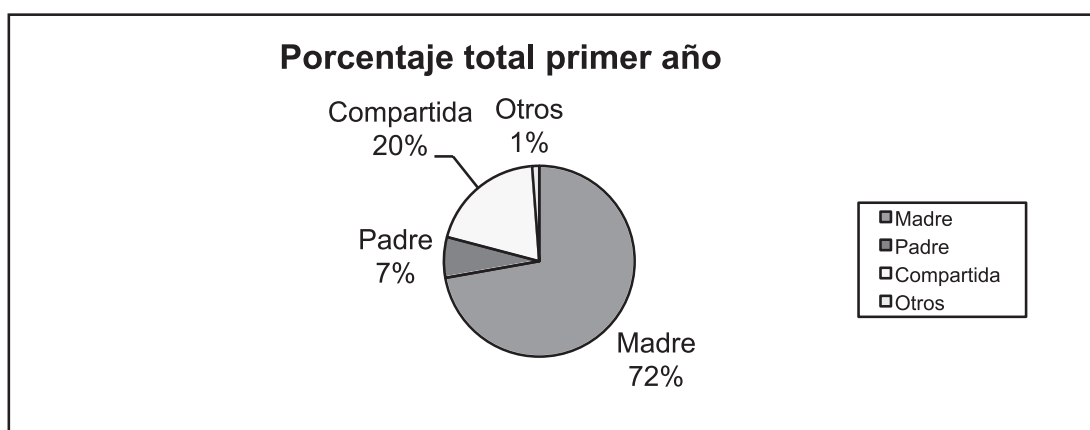
| Compartida                | Total | %    |
|---------------------------|-------|------|
| por días                  | 10    | 1,9  |
| por semanas alternas      | 137   | 26,4 |
| por quincenas o 2 semanas | 57    | 11,0 |
| por meses                 | 66    | 12,7 |
| por bimestres             | 19    | 3,7  |
| por trimestres naturales  | 11    | 2,1  |
| por trimestres escolares  | 2     | 0,4  |
| por semestres             | 27    | 5,2  |
| por cursos escolares      | 6     | 1,2  |
| por años                  | 8     | 1,5  |
| por otros periodos        | 176   | 33,9 |



| Primer año total     | Acuerdo | Sin acuerdo |
|----------------------|---------|-------------|
| Mixta                | 2       | 2           |
| Repartida            | 7       | 1           |
| A ninguno de los dos | 3       | 0           |
| Madre                | 596     | 278         |
| Padre                | 52      | 32          |
| Compartida           | 190     | 48          |

| Primer año total | Total | %    |
|------------------|-------|------|
| Madre            | 874   | 72,2 |
| Padre            | 84    | 6,9  |
| Compartida       | 238   | 19,7 |
| Otros            | 15    | 1,2  |

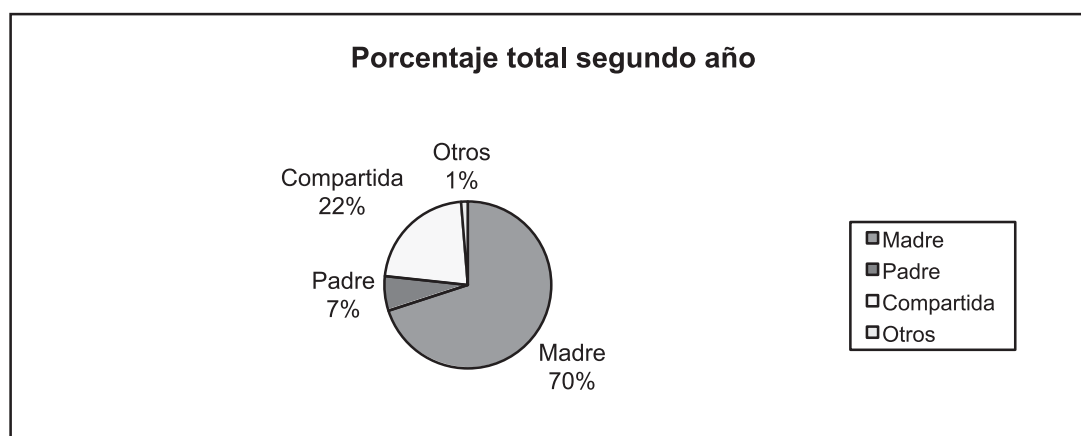
| Primer año total | %    |
|------------------|------|
| Madre            | 72,2 |
| Padre            | 6,9  |
| Compartida       | 19,7 |
| Otros            | 1,2  |



| Segundo año total    | Acuerdo | Sin acuerdo |
|----------------------|---------|-------------|
| Mixta                | 3       | 2           |
| Repartida            | 7       | 0           |
| A ninguno de los dos | 2       | 2           |
| Madre                | 623     | 241         |
| Padre                | 54      | 29          |
| Compartida           | 211     | 61          |

| Segundo año total | Total | %    |
|-------------------|-------|------|
| Madre             | 864   | 70,0 |
| Padre             | 83    | 6,7  |
| Compartida        | 272   | 22,0 |
| Otros             | 16    | 1,3  |

| Segundo año total | %   |
|-------------------|-----|
| Madre             | 70  |
| Padre             | 6,7 |
| Compartida        | 22  |
| Otros             | 1,3 |

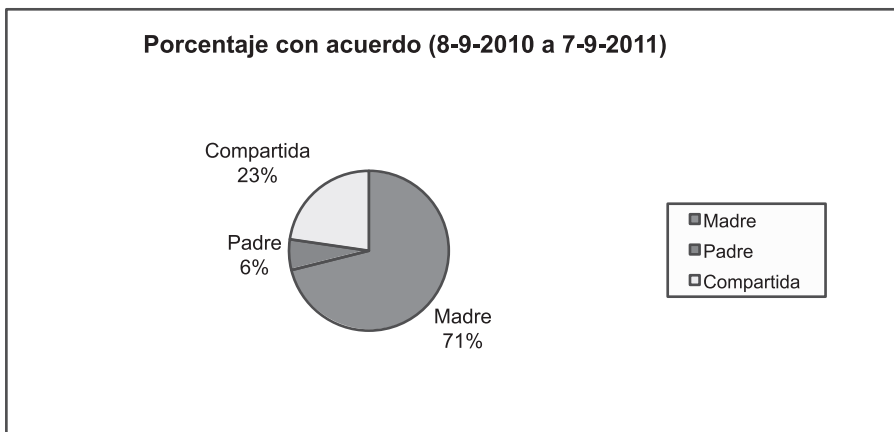
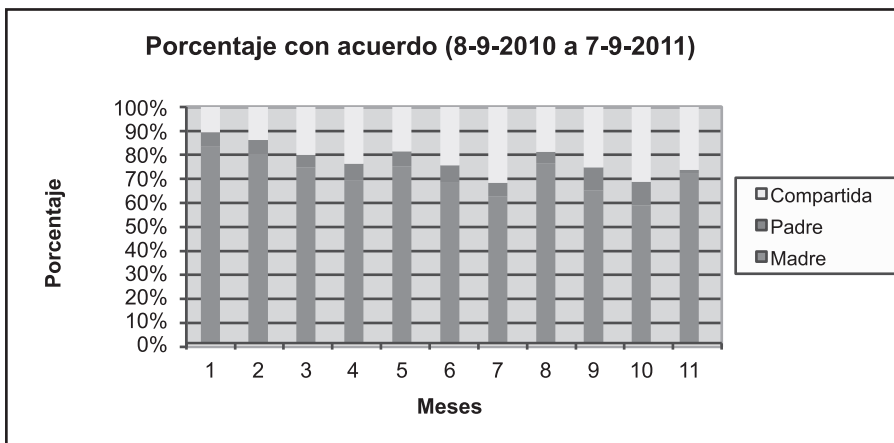


ANEXO II

| Resumen sentencias dictadas por los Juzgados de 1ª Instancia nº 5, 6 y 16 de Zaragoza del 8-9-10 al 7-9-11 |            |             |             |            |           |           |           |           |           |           |           |           |       |      |
|--|------------|-------------|-------------|------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-------|------|
| Procedimientos que terminan con acuerdo  |            |             |             |            |           |           |           |           |           |           |           |           |       |      |
| año  | 2010       | 2010        | 2010        | 2010       | 2011      | 2011      | 2011      | 2011      | 2011      | 2011      | 2011      | 2011      | Total | %    |
| mes  | 8-9 a 7-10 | 8-10 a 7-11 | 8-11 a 7-12 | 8-12 a 7-1 | 8-1 a 7-2 | 8-2 a 7-3 | 8-3 a 7-4 | 8-4 a 7-5 | 8-5 a 7-6 | 8-6 a 7-7 | 8-7 a 7-8 | 8-8 a 7-9 |       |      |
| Mixta  |            |             |             |            |           | 1         |           |           |           |           |           | 1         | 2     | 0,2  |
| Repartida  |            | 1           |             |            | 2         |           | 1         |           |           | 1         | 1         | 1         | 7     | 0,8  |
| A ninguno de los dos   | 1          |             | 1           | 1          |           |           |           |           |           |           |           |           | 3     | 0,4  |
| Madre  | 54         | 57          | 55          | 40         | 83        | 55        | 54        | 48        | 53        | 35        | 62        | 596       | 596   | 70,1 |
| Padre  | 4          | 4           | 4           | 4          | 7         | 6         | 5         | 3         | 8         | 6         | 1         | 52        | 52    | 6,1  |
| Compartida   | 7          | 10          | 15          | 14         | 21        | 20        | 28        | 12        | 21        | 19        | 23        | 190       | 190   | 22,4 |
| por días   |            |             |             | 1          |           |           |           |           |           | 1         | 1         | 3         | 3     | 1,6  |
| por semanas alternas   |            | 4           | 2           | 5          | 6         | 6         | 11        | 2         | 10        | 6         | 6         | 58        | 58    | 30,5 |
| por quincenas o 2 semanas  | 3          |             |             | 1          | 4         | 2         | 5         | 1         | 2         | 2         | 2         | 22        | 22    | 11,6 |
| por meses  | 1          | 2           |             | 2          |           | 3         | 5         | 1         | 1         | 2         | 5         | 22        | 22    | 11,6 |
| por bimestres  |            |             | 1           | 1          |           | 1         | 1         | 1         | 2         |           |           | 7         | 7     | 3,7  |
| por trimestres naturales   |            |             |             |            |           |           | 2         |           | 1         |           |           | 3         | 3     | 1,6  |
| por trimestres escolares   |            |             |             |            |           |           |           |           |           |           |           | 0         | 0     | 0,0  |
| por semestres  | 1          |             | 1           | 1          | 2         |           | 2         | 1         |           |           |           | 8         | 8     | 4,2  |
| por cursos escolares   |            |             |             |            |           |           | 1         |           |           |           |           | 1         | 1     | 0,5  |
| por años   |            |             |             |            |           | 1         |           |           |           |           |           | 1         | 1     | 0,5  |
| por otros periodos   | 2          | 4           | 11          | 3          | 9         | 7         | 1         | 6         | 5         | 8         | 9         | 65        | 65    | 34,2 |

|            |    |    |    |    |    |    |    |    |    |    |    |     |     |      |
|------------|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|-----|-----|------|
| Madre      | 54 | 57 | 55 | 40 | 83 | 55 | 54 | 48 | 53 | 35 | 62 | 596 | 596 | 71,1 |
| Padre      | 4  | 4  | 4  | 4  | 7  | 6  | 5  | 3  | 8  | 6  | 1  | 52  | 52  | 6,2  |
| Compartida | 7  | 10 | 15 | 14 | 21 | 20 | 28 | 12 | 21 | 19 | 23 | 190 | 190 | 22,7 |

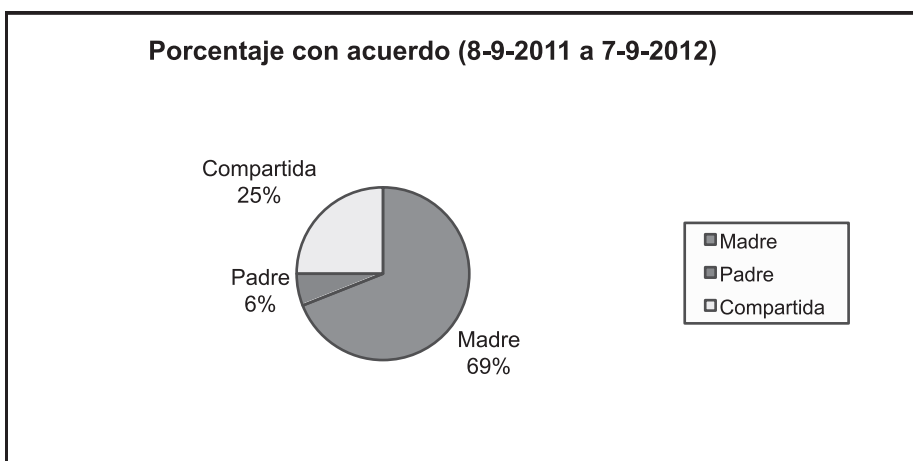
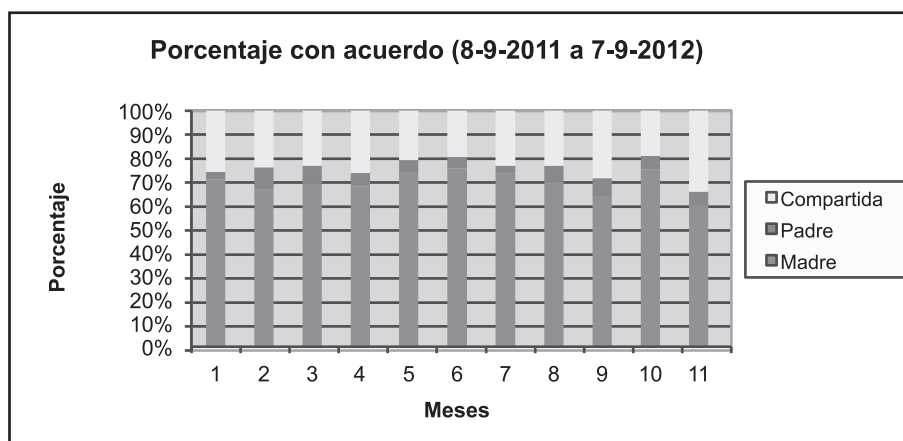
|            |      |
|------------|------|
| Madre      | 71,1 |
| Padre      | 6,2  |
| Compartida | 22,7 |



| Resumen sentencias dictadas por los Juzgados de 1ª Instancia nº 5, 6 y 16 de Zaragoza del 8-9-11 al 7-9-12 |            |             |             |            |           |           |           |           |           |           |           |           |       |      |
|--|------------|-------------|-------------|------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-------|------|
| Procedimientos que terminan con acuerdo  |            |             |             |            |           |           |           |           |           |           |           |           |       |      |
| año  | 2011       | 2011        | 2011        | 2011       | 2012      | 2012      | 2012      | 2012      | 2012      | 2012      | 2012      | 2012      | Total | %    |
| mes  | 8-9 a 7-10 | 8-10 a 7-11 | 8-11 a 7-12 | 8-12 a 7-1 | 8-1 a 7-2 | 8-2 a 7-3 | 8-3 a 7-4 | 8-4 a 7-5 | 8-5 a 7-6 | 8-6 a 7-7 | 8-7 a 7-8 | 8-8 a 7-9 |       |      |
| Mixta  |            |             |             |            | 1         | 1         |           |           | 1         |           |           |           | 3     | 0,33 |
| Repartida  |            | 1           |             |            |           | 2         |           |           | 3         | 1         |           |           | 7     | 0,77 |
| A ninguno de los dos   |            |             |             |            |           | 2         |           |           |           |           |           |           | 2     | 0,22 |
| Madre  | 49         | 50          | 62          | 36         | 74        | 62        | 63        | 51        | 71        | 51        | 54        |           | 623   | 68,5 |
| Padre  | 2          | 7           | 7           | 3          | 5         | 4         | 3         | 5         | 9         | 4         | 5         |           | 54    | 5,93 |
| Compartida   | 18         | 18          | 21          | 14         | 21        | 16        | 20        | 17        | 32        | 13        | 31        |           | 221   | 24,3 |
| por días   |            |             |             |            | 1         |           |           |           | 2         |           |           |           | 3     | 1,4  |
| por semanas alternas   | 4          | 4           | 6           | 6          | 5         | 5         | 4         | 7         | 10        | 3         | 9         |           | 63    | 28,5 |
| por quincenas o 2 semanas  | 1          | 2           | 2           | 1          | 5         | 1         | 4         |           | 5         | 1         | 4         |           | 26    | 11,8 |
| por meses  | 1          | 3           | 4           |            | 2         | 1         | 2         | 1         | 8         | 4         | 3         |           | 29    | 13,1 |
| por bimestres  |            | 1           | 1           | 1          | 1         |           |           |           |           | 3         | 2         |           | 9     | 4,1  |
| por trimestres naturales   |            |             |             |            |           |           |           | 4         | 1         |           |           |           | 5     | 2,3  |
| por trimestres escolares   | 1          |             |             |            |           |           |           | 1         |           |           |           |           | 2     | 0,9  |
| por semestres  |            |             |             | 1          |           | 1         | 3         | 1         | 1         | 1         |           |           | 8     | 3,6  |
| por cursos escolares   |            |             |             |            |           |           | 1         |           |           |           |           |           | 1     | 0,5  |
| por años   |            |             |             |            |           |           |           |           |           |           |           |           | 0     | 0,0  |
| por otros periodos   | 11         | 8           | 8           | 5          | 7         | 8         | 6         | 3         | 5         | 1         | 13        |           | 75    | 33,9 |

|            |    |    |    |    |    |    |    |    |    |    |    |     |      |
|------------|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|-----|------|
| Madre      | 49 | 50 | 62 | 36 | 74 | 62 | 63 | 51 | 71 | 51 | 54 | 623 | 69,4 |
| Padre      | 2  | 7  | 7  | 3  | 5  | 4  | 3  | 5  | 9  | 4  | 5  | 54  | 6,01 |
| Compartida | 18 | 18 | 21 | 14 | 21 | 16 | 20 | 17 | 32 | 13 | 31 | 221 | 24,6 |

|            |    |
|------------|----|
| Madre      | 69 |
| Padre      | 6  |
| Compartida | 25 |

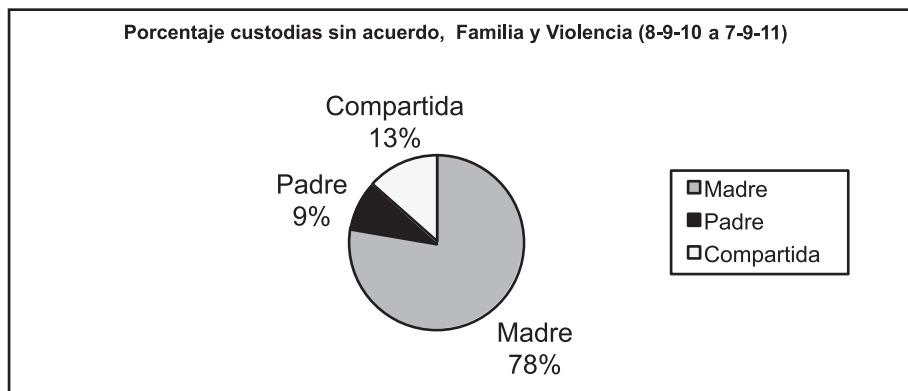
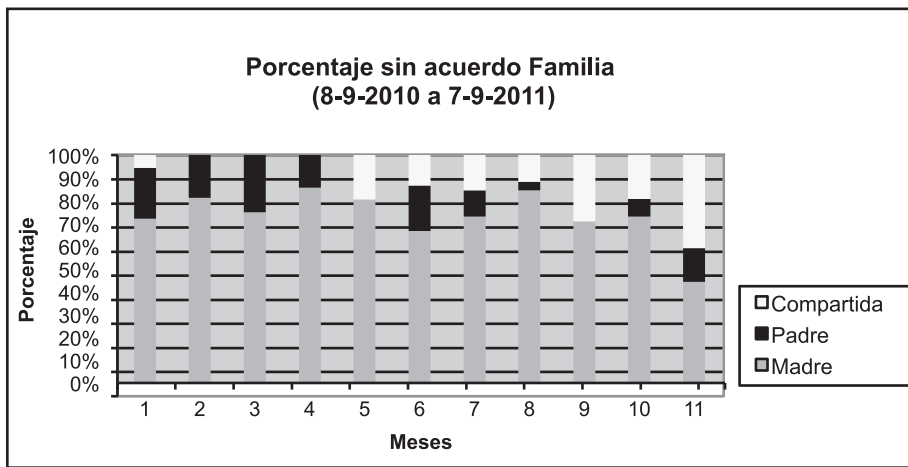


| Resumen sentencias dictadas por los Juzgados de 1ª Instancia nº 5, 6 y 16 y Violencia 1 y 2 de Zaragoza del 8-9-10 al 7-9-11 |            |             |             |            |           |           |           |           |           |           |           |                     |                 |       |     |
|--|------------|-------------|-------------|------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|---------------------|-----------------|-------|-----|
| Procedimientos sin acuerdo   |            |             |             |            |           |           |           |           |           |           |           |                     |                 |       |     |
| año  | 2010       | 2010        | 2010        | 2010       | 2011      | 2011      | 2011      | 2011      | 2011      | 2011      | 2011      | 2011                | J. De Violencia | Total | %   |
| mes  | 8-9 a 7-10 | 8-10 a 7-11 | 8-11 a 7-12 | 8-12 a 7-1 | 8-1 a 7-2 | 8-2 a 7-3 | 8-3 a 7-4 | 8-4 a 7-5 | 8-5 a 7-6 | 8-6 a 7-7 | 8-7 a 7-9 | 8-9-2010 a 7-9-2011 |                 |       |     |
| Mixta  |            |             |             |            |           |           |           |           |           |           |           | 2                   |                 | 2     | 0,6 |
| Repartida  |            |             |             |            |           |           |           |           |           | 1         |           |                     |                 | 1     | 0,3 |
| A ninguno de los dos   |            |             |             |            |           |           |           |           |           |           |           |                     |                 | 0     | 0,0 |
| Madre  | 13         | 13          | 18          | 12         | 33        | 10        | 19        | 22        | 22        | 38        | 12        | 66                  | 278             | 77,0  |     |
| Padre  | 4          | 3           | 6           | 2          | 3         | 3         | 1         |           | 4         | 4         |           | 2                   | 32              | 8,9   |     |
| Compartida   | 1          |             |             |            | 8         | 2         | 4         | 3         | 9         | 10        | 11        | 0                   | 48              | 13,3  |     |
| por días   |            |             |             |            |           |           |           |           |           |           | 2         |                     | 2               | 4,2   |     |
| por semanas  |            |             |             |            |           | 1         | 1         |           | 3         | 4         | 2         |                     | 11              | 22,9  |     |
| por quincenas o 2 semanas  |            |             |             |            |           |           |           |           | 1         |           | 2         |                     | 3               | 6,3   |     |
| por meses  |            |             |             |            | 2         |           |           | 1         |           | 1         | 1         |                     | 5               | 10,4  |     |
| por bimestres  |            |             |             |            |           |           |           |           |           | 1         |           |                     | 1               | 2,1   |     |
| por trimestres naturales   |            |             |             |            |           |           |           |           |           |           | 1         |                     | 1               | 2,1   |     |
| por trimestres escolares   |            |             |             |            |           |           |           |           |           |           |           |                     | 0               | 0,0   |     |
| por semestres  | 1          |             |             |            | 4         | 1         | 1         |           | 2         |           | 1         |                     | 10              | 20,8  |     |
| por cursos escolares   |            |             |             |            |           |           |           |           |           |           |           |                     | 0               | 0,0   |     |
| por años   |            |             |             |            | 2         |           | 2         |           |           |           |           |                     | 5               | 10,4  |     |
| por otros periodos   |            |             |             |            |           |           |           | 2         | 2         | 5         | 1         |                     | 10              | 20,8  |     |

| De los procedimientos anteriores, son modificaciones de medidas solicitadas por el padre |   |   |   |   |   |   |   |   |   |    |   |   |    |      |      |
|--|---|---|---|---|---|---|---|---|---|----|---|---|----|------|------|
| Estimatorias   |   |   | 2 | 3 |   |   | 2 |   | 6 | 9  | 1 | 4 |    | 27   | 40,3 |
| Desestimatorias  | 1 | 1 | 1 |   | 3 | 2 | 5 | 4 | 9 | 10 | 4 |   | 40 | 59,7 |      |

|            |    |    |    |    |    |    |    |    |    |    |    |    |     |      |
|------------|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|-----|------|
| Madre      | 13 | 13 | 18 | 12 | 33 | 10 | 19 | 22 | 22 | 38 | 12 | 66 | 278 | 77,7 |
| Padre      | 4  | 3  | 6  | 2  | 3  | 3  | 1  |    | 4  | 4  |    | 2  | 32  | 8,9  |
| Compartida | 1  |    |    |    | 8  | 2  | 4  | 3  | 9  | 10 | 11 |    | 48  | 13,4 |

|            | %    |
|------------|------|
| Madre      | 77,7 |
| Padre      | 8,9  |
| Compartida | 13,4 |





| sentencias Juzgados de 1ª Instancia nº 5, 6 y 16 de Zaragoza y Violencia sobre la Mujer nº 1 y 2 del 8-9-11 al 7-9-12 |            |             |             |            |           |           |           |           |           |           |           |                     |       |      |
|---|------------|-------------|-------------|------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|---------------------|-------|------|
| Procedimientos sin acuerdo  |            |             |             |            |           |           |           |           |           |           |           |                     |       |      |
| año   | 2011       | 2011        | 2011        | 2011       | 2012      | 2012      | 2012      | 2012      | 2012      | 2012      | 2012      | J. de Violencia     | Total | %    |
| mes   | 8-9 a 7-10 | 8-10 a 7-11 | 8-11 a 7-12 | 8-12 a 7-1 | 8-1 a 7-2 | 8-2 a 7-3 | 8-3 a 7-4 | 8-4 a 7-5 | 8-5 a 7-6 | 8-6 a 7-7 | 8-7 a 7-9 | 8-9-2010 a 7-9-2011 |       |      |
| Mixta   |            |             | 1           |            |           |           |           |           |           |           |           | 1                   | 2     | 0,6  |
| Repartida   |            |             |             |            |           |           |           |           |           |           |           |                     | 0     | 0,0  |
| A ninguno de los dos  |            | 1           |             |            |           |           |           |           |           | 1         |           |                     | 2     | 0,6  |
| Madre   | 11         | 13          | 22          | 15         | 12        | 9         | 13        | 8         | 14        | 21        | 29        | 74                  | 241   | 71,9 |
| Padre   | 3          | 1           | 4           | 1          | 3         | 3         | 2         | 3         | 1         | 2         | 4         | 2                   | 29    | 8,7  |
| Compartida  | 5          |             | 7           | 5          | 4         | 7         | 5         | 5         | 7         | 6         | 9         | 1                   | 61    | 18,2 |
| por días  |            |             | 1           |            |           |           |           | 1         |           |           |           |                     | 2     | 3,3  |
| por semanas   | 1          |             | 2           |            |           |           |           |           | 1         |           | 1         |                     | 5     | 8,2  |
| por quincenas o 2 semanas   |            |             |             |            |           |           |           | 3         |           | 1         | 2         |                     | 6     | 9,8  |
| por meses   |            |             |             |            | 1         | 2         |           |           | 4         | 1         | 2         |                     | 10    | 16,4 |
| por bimestres   |            |             |             |            |           |           | 2         |           |           |           |           |                     | 2     | 3,3  |
| por trimestres naturales  |            |             |             | 1          |           | 1         |           |           |           |           |           |                     | 2     | 3,3  |
| por trimestres escolares  |            |             |             |            |           |           |           |           |           |           |           |                     | 0     | 0,0  |
| por semestres   |            |             |             |            |           | 1         |           |           |           |           |           |                     | 1     | 1,6  |
| por cursos escolares  |            |             | 1           | 1          |           | 1         | 1         |           |           |           |           |                     | 4     | 6,6  |
| por años  | 1          |             |             |            |           |           |           |           | 1         |           |           |                     | 2     | 3,3  |
| por otros periodos  | 3          |             | 3           | 3          | 3         | 2         | 2         |           | 2         | 4         | 4         |                     | 26    | 42,6 |

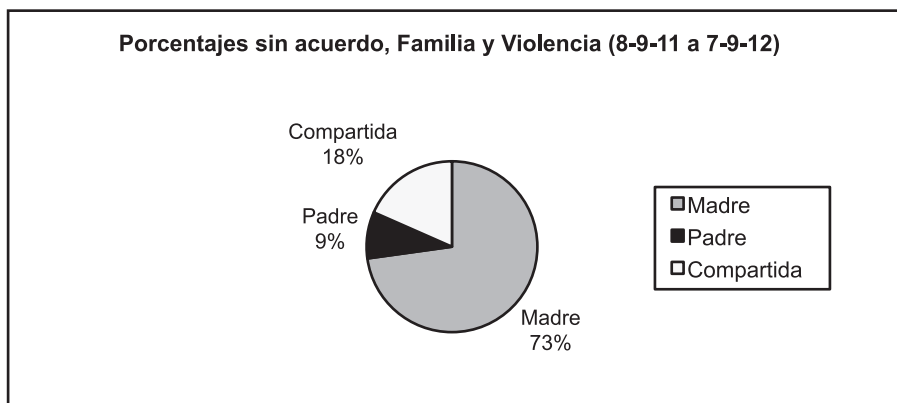
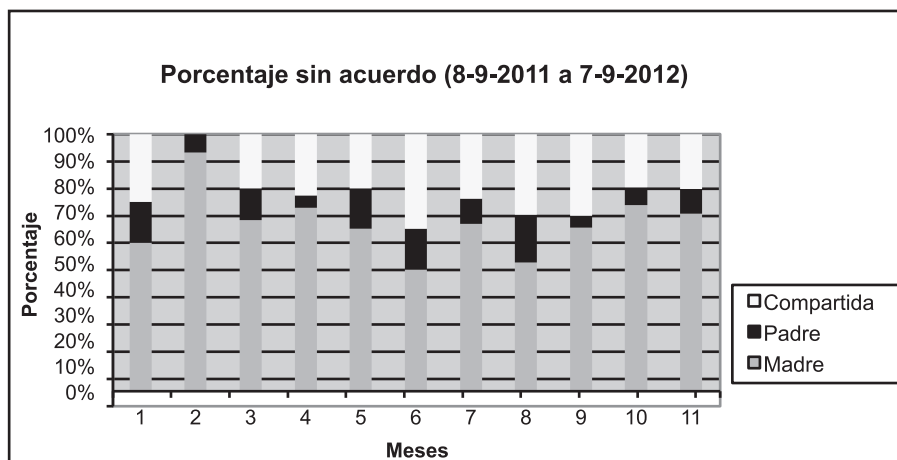
  

| De los procedimientos anteriores, son modificaciones de medidas solicitadas por el padre |   |   |   |   |   |   |   |   |   |   |    |   |      |       |
|--|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|----|---|------|-------|
| Estimatorias   |   |   | 1 | 8 | 5 | 2 |   | 3 |   | 8 | 5  | 9 | 41,0 | 38,68 |
| Desestimatorias  | 2 | 4 | 9 | 8 | 3 | 5 | 3 | 1 | 6 | 6 | 18 |   | 65,0 | 61,32 |

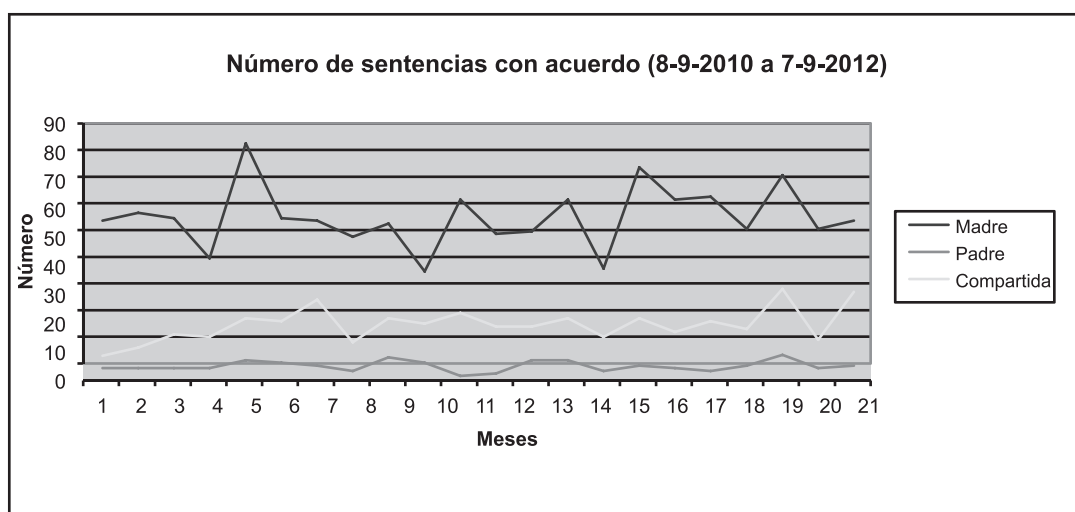
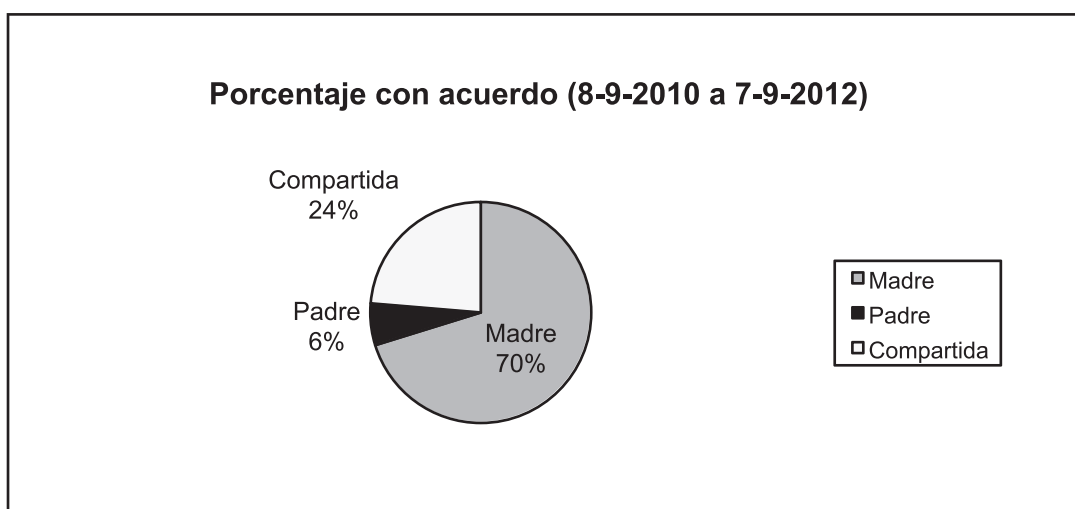
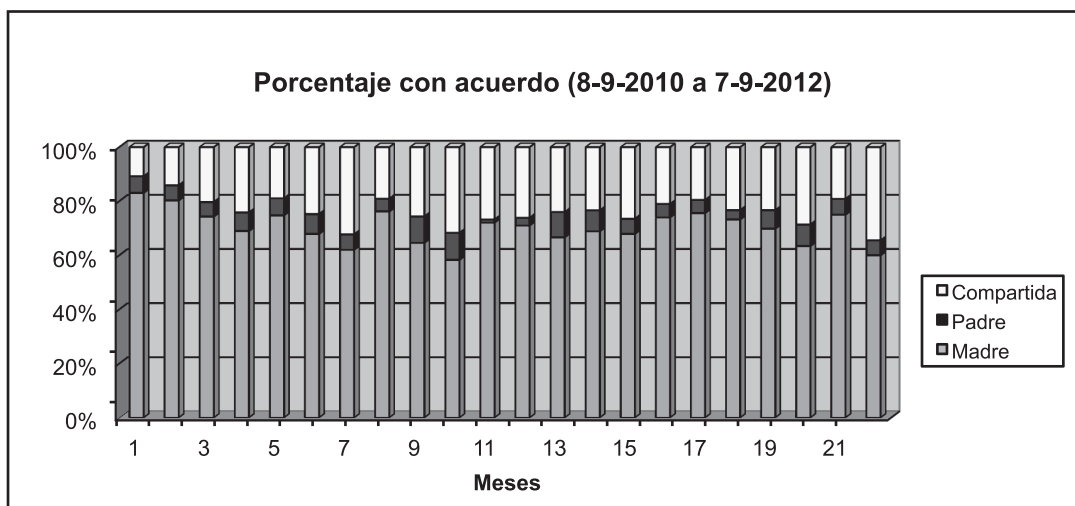
|            |    |    |    |    |    |   |    |   |    |    |    |    |     |      |
|------------|----|----|----|----|----|---|----|---|----|----|----|----|-----|------|
| Madre      | 11 | 13 | 22 | 15 | 12 | 9 | 13 | 8 | 14 | 21 | 29 | 74 | 241 | 72,8 |
| Padre      | 3  | 1  | 4  | 1  | 3  | 3 | 2  | 3 | 1  | 2  | 4  | 2  | 29  | 8,8  |
| Compartida | 5  |    | 7  | 5  | 4  | 7 | 5  | 5 | 7  | 6  | 9  | 1  | 61  | 18,4 |

|            | %    |
|------------|------|
| Madre      | 72,8 |
| Padre      | 8,8  |
| Compartida | 18,4 |





|            |      |      |
|------------|------|------|
| Madre      | 1219 | 70,2 |
| Padre      | 106  | 6,1  |
| Compartida | 411  | 23,7 |





## LA REGULACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN EL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN

ILMO. SR. D. EMILIO MOLINS GARCÍA-ATANCE

Magistrado. Sala de lo Civil y Penal del  
Tribunal Superior de Justicia de Aragón

**SUMARIO:** I.- INTRODUCCIÓN. II.- CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR. III.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. IV.- TENSIÓN E INTERDEPENDENCIA ENTRE LOS EFECTOS PERSONALES Y PATRIMONIALES DERIVADOS DE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA ENTRE LOS PROGENITORES. V.- CRITERIOS LEGALES PARA DECIDIR LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA Y DEL AJUAR FAMILIAR. VI.- LA LIMITACIÓN TEMPORAL EN LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. VII.- LA POSIBILIDAD DE ACORDAR LA VENTA DE LA VIVIENDA CUANDO EL USO DE LA MISMA SEA A TÍTULO DE PROPIEDAD DE LOS PADRES, SI RESULTA NECESARIA PARA UNAS ADECUADAS RELACIONES FAMILIARES –ARTÍCULO 81.4 DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN-.

### I.- INTRODUCCIÓN.

En primer lugar quiero agradecer al Justicia de Aragón y a las demás instituciones organizadoras del Foro de Derecho Aragonés la invitación que me han cursado para participar en estos Vigésimosegundos encuentros del Foro, en la sesión sobre “Custodia compartida en Aragón”.

Conviene precisar, con carácter previo, que la vivienda familiar en Aragón ha sido objeto de diversas y documentadas ponencias que constituyen antecedentes necesarios del presente trabajo y que pueden ser consultadas para completar los diversos aspectos que necesariamente han tenido que ser excluidos de mi estudio, por el limitado alcance del mismo<sup>1</sup>. En cualquier caso, la materia objeto de mi

---

1. Sánchez-Rubio García, Alfredo y otros, “Régimen Jurídico de la vivienda familiar en Aragón”, Actas de los Cuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, 1994; López Azcona, Aurora y otros, “Aspectos jurídicos de la ruptura de las parejas de hecho”, Actas de los Duodécimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, 2002; Forcada Miranda, Francisco Javier y otros, “La vivienda familiar en situaciones de ruptura matrimonial”, Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, 2004; Balda Medarde, María José, “La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo de Igualdad



exposición oral se encuentra desarrollada en la ponencia escrita que será publicada en las Actas de estos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés.

Y la justificación para abordar este apartado apenas dos años después de la ponencia desarrollada sobre la regulación de la custodia compartida por Carlos Martínez de Aguirre, Javier Forcada Miranda y María José Balda Medarde, se encuentra en la necesidad de analizar la aplicación práctica de la Ley en este lapso de dos años.

## II.- CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR.

El concepto de vivienda familiar se va a examinar dentro del marco de la regulación de la custodia compartida en Aragón, es decir, en el seno de una reforma legislativa cuya aplicación presupone, junto a una previa situación de convivencia, la existencia de hijos a cargo -artículo 75 del Código del Derecho Foral de Aragón<sup>2</sup>-. Y asimismo, se precisa que los hijos a cargo tengan vecindad civil aragonesa, o bien que se desconozca su vecindad si residen en Aragón –art. 9.4 CC, como norma de conflicto- (STSJA de 13 de julio de 2011).

Para aproximarnos al concepto de vivienda familiar conviene citar, junto a la protección constitucional que resulta, fundamentalmente, de los artículos 32, 39 y 47 de la Constitución española, la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y en concreto su artículo 27, que reconoce el derecho del niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, incumbiendo a los padres la responsabilidad de proporcionar al niño las condiciones de vida necesarias para dicho desarrollo, y a los Estados Parte la adopción de medidas apropiadas para ayudar a los padres a dar efectividad a ese derecho y proporcionar asistencia material respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda<sup>3</sup>. Y en el mismo sentido el artículo 47.1.i) de la Ley 12/2001, de 2 de

en las Relaciones Familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, coponencia de las Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, 2010.

2. Carlos Martínez de Aguirre destacó estas dos notas en la ponencia citada, páginas 136 y 137. Aunque se ha defendido también la aplicación analógica de la regulación a los supuestos de hijos a cargo, aun sin previa convivencia –en este sentido se han pronunciado Carmen Bayod López en su ponencia “El Código de Derecho Civil de Aragón” impartida en las XIII Jornadas jurídicas de Albarracín, dentro del Plan de formación territorial de Jueces y Magistrados, 1 a 3 de octubre de 2012, y también María Ángeles Callizo López, “Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón”, Revista Aequalitas nº 30, enero-junio de 2012, pág. 21, que argumenta que esta aplicación se puede sostener bien por la alusión a los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores, que supone una remisión al art. 769.3 y 770.6 LEC, o bien por aplicación de los principios inspiradores de la reforma legislativa y contenidos en su Preámbulo, entre otros el principio del superior interés del menor, protección de la infancia y no discriminación de los hijos e hijas por razón de la filiación, máxime cuando la intención del legislador aragonés ha sido la de regular las relaciones paterno filiales de manera uniforme, con independencia del vínculo que liga a los progenitores (DA Segunda y Tercera del CDFa).

3. Artículo 27: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad fi-

julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón<sup>4</sup>.

Para nuestro trabajo interesa destacar también el artículo 3.1 de la Convención, a cuyo tenor, “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

En el vigente Código del Derecho Foral de Aragón se contemplan diversas disposiciones que permiten configurar el concepto de vivienda familiar:

- Se menciona el domicilio familiar en la relación de derechos y deberes de la crianza y educación de los hijos propia de la autoridad familiar, con la obligación de *Proveer a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de acuerdo con sus posibilidades*. (artículo 65.1).

- Se establece la obligación del hijo de colaborar en las tareas del hogar (artículo 66).

- En la regulación del matrimonio, la previsión de que los cónyuges determinarán de común acuerdo el domicilio familiar (184.1), y a falta de acuerdo, la posibilidad de solicitar de la Junta de Parientes o del Juez la determinación del domicilio (184.3).

- Se recoge una presunción que define el domicilio familiar: *Se presume que el domicilio familiar es aquel donde los cónyuges conviven habitualmente o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia* (184.2).

- El deber de los cónyuges de contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares con la atención directa al hogar y a los hijos, la dedicación de sus bienes al uso familiar, la remuneración de su trabajo, los rendimientos de sus capitales y otros ingresos y, en último término, con su patrimonio (187).

- Dentro de los efectos generales del matrimonio, la exigencia de consentimiento del otro cónyuge para realizar actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario ordinario de la misma (190).

- Artículo 267 en sede de liquidación y división del consorcio.

- Artículo 307 referente al mantenimiento de la vivienda de la pareja estable no casada, y 311 sobre derecho al ajuar de la vivienda habitual en caso de fallecimiento de uno de los convivientes y residencia en la vivienda por un plazo de un año.

- Y en lo que directamente interesa al desarrollo de la ponencia, los artículos 77, sobre el pacto de relaciones familiares, 81 referente a la atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar, y 83 sobre la asignación compensatoria.

La STSJ de Aragón de 13 junio 1991 destacó, entre los elementos que permiten la determinación del domicilio conyugal (vivienda familiar), “la vinculación e

nanciera por el niño resida en un Estado diferente de aquél en que resida el niño , los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

4. Artículo 47.1. i): Se articularán, en el marco de la política de vivienda, programas cuyo fin sea favorecer la adquisición o arrendamiento de una vivienda destinada a servir de residencia a la familia cuando ésta carezca de ella o la suya sea inapropiada.

intención de permanencia” que no concurren cuando se trata de una vivienda ocasional ocupada por un trabajo temporal del esposo fuera de la localidad en que se ha mantenido y conservado la vivienda familiar<sup>5</sup>.

El Tribunal Supremo ha definido lo que constituye vivienda familiar, entendiéndose por tal *la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el art. 70 CC, en relación al domicilio de los cónyuges* -STS de 31 de mayo de 2012-.

### III.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Hay que empezar señalando que “La atribución del uso de la vivienda familiar” es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios” -STS de 14 de abril de 2011-, “con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario” -STS de 18 de enero de 2010”-.

Cabe también afirmar en el Derecho aragonés, al igual que en el Derecho civil común, que la atribución del uso de la vivienda se encuentra englobada en la prestación de alimentos a favor de los hijos. Así lo ha mantenido el Tribunal Supremo respecto al Derecho civil común empleando argumentos que pueden extrapolarse a nuestro Derecho<sup>6</sup>.

Respecto al Derecho civil común se ha indicado que “ la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC “, doctrina que se ha reiterado en las SSTS 236/2011, de 14 abril; 451/2011, de 21 junio y 642/2011, de 30 septiembre. En ellas se argumenta que “El principio protegido en esta disposición es el interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y

5. “es preciso determinar cuál debe entenderse como último domicilio conyugal y poder resolver así el problema de competencia. A tal fin, y de acuerdo con el art. 40 del Código Civil, ha de establecerse que el domicilio de la persona viene determinado por la habitualidad de la residencia lo que impide que aquél exista en los supuestos de traslado y permanencia de las personas por cortos períodos de tiempo o incidencias personales o profesionales, pues falta esa voluntad de establecerse la persona efectiva y permanentemente [Sentencia del Tribunal Supremo de 28-11-1940]; estas situaciones no llevan a la desvinculación con el lugar de origen o procedencia con el que las personas siguen relacionadas, sin intención de alterar la continuidad y con permanencia del epicentro familiar [como establece la Sentencia de dicho Tribunal de 12-7-1989, coincidente con doctrina establecida por las de 6-5-1989 y 18-10-1990 ].

Esa vinculación e intención de permanencia, viene claramente determinada, en el presente caso, en favor de la ciudad de Zaragoza en donde la familia integrada por los litigantes y sus hijas tuvieron desde hace más de 10 años su vivienda familiar que mantuvieron y conservaron, sin traslado incluso de mobiliario, durante el corto período de tiempo del desplazamiento de los miembros de la familia a Jaca, determinado por una temporal ocupación del esposo en esa localidad, período en el que ocuparon una vivienda amueblada, arrendada a dicho fin .”

6. “el art. 96.1 CC atribuye el derecho al uso al hijo menor, incluido en el de alimentos que forma el contenido de la patria potestad, según dispone el art. 154, 2. 1º CC. El art. 96.1 CC presupone que este específico contenido de la potestad puede ser de difícil ejecución cuando se produce la separación de los progenitores y por ello y para evitar controversias entre ellos, normalmente propietarios de la vivienda familiar, la atribuye a los hijos y a quien ostenta su guarda y custodia precisamente como titular de la obligación que le impone el art. 154, 2.1 CC” -STS de 29 de marzo de 2011-.

entre los alimentos se encuentra la habitación ( art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat y art. 81.2 CDF Aragón)” -STS de 21 de mayo de 2012-.

Con igual claridad, el Derecho civil catalán lo concibe como parte de la prestación de alimentos. Así, el Código Civil de Cataluña en su artículo 233.20.1 establece que “Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados.”

No obstante y pese a esta innegable relación de la atribución del uso con la prestación de alimentos, nos podemos plantear, siguiendo a Santiago Salazar Bort<sup>7</sup>, por qué la satisfacción de un interés patrimonial genérico propio de la mera cuantificación de los alimentos y entendido como un instrumento de ejecución directa de la pensión alimenticia o compensatoria, debe hacerse a través de una prestación “in natura” como esta, cuando con tal interpretación bastaría con una mera prestación económica. Este autor defiende que si la medida consiste en atribuir el uso de la vivienda familiar, es porque el interés que se desea proteger exige para su satisfacción justamente la atribución del uso de la vivienda, y no una prestación económica. Se protege el uso de la vivienda familiar porque el hecho de residir en ella posee un valor especial para ese sujeto, superior al derivado de la simple cobertura de la exigencia de habitación, de forma que la atribución constituye no un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio de una finalidad muy concreta, permitir el mantenimiento del hijo menor en su entorno habitual de vida. De la concepción, meramente económica o finalista respecto a las circunstancias en que se desarrolla la vida del menor, puede depender la adopción o no de la medida de atribución de la vivienda y, en su caso, la duración que procede dar a la misma. Y la respuesta será también diferente según la normativa que examinemos, porque hay regulaciones, como la catalana, que conceden una mayor relevancia al componente económico de la reiterada atribución, permitiendo la exclusión de la misma cuando el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos, y también cuando el cónyuge que debe ceder el uso puede asumir y garantizar el pago, como parte de la pensión de alimentos de los hijos o de la prestación compensatoria del otro cónyuge, de una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de éstos<sup>8</sup>.

7. Salazar Bort, S., “La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, Ed, Aranzadi, 2001, pág. 142.

8. Artículo 233.21. Exclusión y límites de la atribución del uso de la vivienda

1. La autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar en cualquiera de los siguientes casos:

a) Si el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

El problema de la naturaleza de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar ha sido objeto de controversia en la doctrina científica<sup>9</sup> y en la jurisprudencia<sup>10</sup>.

Sobre esta discutida cuestión me limito a transcribir la doctrina que ha establecido el Tribunal Supremo: “En las SSTs 859/2009, de 14 enero 2010 y 861/2010, de 18 enero 2010 esta Sala ha mantenido la doctrina de que el derecho de uso entre los cónyuges no constituye un derecho real, sino que se trata de una limitación de la facultad de disponer del propietario, que el titular puede oponer a terceros. En concreto, la STS 859/2009 formula la siguiente doctrina casacional: “(...) De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)”. Esta doctrina está confirmada por la STS 861/2008, de 18 enero 2010, donde se añade que “El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también

b) Si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos.

2. Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el art. 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias.

3. En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso. No son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso.

9. María Teresa Martín Meléndez ha analizado en profundidad las principales posturas doctrinales que se han mantenido sobre la naturaleza del derecho de uso, configurado, muy sintéticamente, como, a) Derecho real de habitación o usufructo que modifica las facultades de dominio sobre un inmueble y que puede inscribirse en el Registro de la propiedad, b) Derecho personal o de crédito derivado de la relación personal, c) Dependiendo de los casos, estaremos ante un derecho real o personal, siendo real si el derecho del cónyuge titular era real, d) Estamos ante una concentración, en el beneficiario del uso, del *ius possidendi* que durante la convivencia correspondía a ambos esposos -Roca Trías- e) Otros lo consideran como una medida de carácter asistencial, f) y finalmente, otros autores lo consideran como un derecho *sui generis* o atípico (Martín Meléndez, María Teresa, “Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición”, *Actualidad Civil*, N° 19, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 Nov. 2005, pág. 2309, tomo 2, Editorial La Ley).

10. Basta examinar el voto particular formulado a la STS de 18 de enero de 2010 para comprobar que la cuestión no es pacífica, ni siquiera entre los magistrados del Alto Tribunal.



que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTs de 27 diciembre 1999, 4 diciembre 2000, 28 marzo 2003 y 8 mayo 2006, entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges (...).”

Es cierto que las dos sentencias citadas se refieren a la atribución de la vivienda a los hijos, pero están de acuerdo con otras decisiones de esta Sala que declaran que el derecho del cónyuge a ocupar la vivienda familiar que le ha sido atribuida por sentencia es oponible a terceros (Ver SSTs de 27 diciembre 1999, 28 marzo 2003 y 8 mayo 2006, entre otras).

En consecuencia, la acción de división del piso mantendrá el derecho del ex marido, titular de su uso, porque no han desaparecido las razones que motivaron su atribución en la sentencia de divorcio y su derecho es oponible a terceros” -STS de 27 de febrero de 2012-.

#### **IV.- TENSION E INTERDEPENDENCIA ENTRE LOS EFECTOS PERSONALES Y PATRIMONIALES DERIVADOS DE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA ENTRE LOS PROGENITORES.**

Como señala expresivamente Margarita Castilla Barea<sup>11</sup>, la importancia de la guarda y custodia no reside únicamente en su propio contenido y función –cuidado, educación y formación integral de los hijos-, sino también en el hecho de que su atribución determina habitualmente el sentido y alcance de otras medidas de carácter económico, como la fijación de la pensión de alimentos y la atribución de la vivienda familiar, que son altamente condicionantes de la vida futura, tanto de los hijos como también de los progenitores, “y así podría decirse que la guarda y custodia –la más personal de las medidas que afectan a los hijos- es el sol en torno al cual giran las expectativas económicas de sus padres, que podrán o no, en función de cómo se atribuya, continuar viviendo en la misma casa, administrar la pensión fijada para el sostenimiento de los hijos o mantener una forma de vida más o menos similar a la que llevaban antes de la ruptura. El peso de estos factores es tan fuerte que –hay que decirlo clara y abiertamente- en no pocas ocasiones determina la solicitud de una guarda y custodia de los hijos que, en otras circunstancias, no se pediría.”

En este sentido, en la lectura de los pactos de relaciones familiares otorgados conforme al artículo 77 del Código del Derecho Foral de Aragón resulta llamativo que en no pocas ocasiones los mismos comienzan por la liquidación de la comunidad conyugal y solo tras ella, en los últimos párrafos del pacto, entran a regular los efectos personales relacionados con los hijos menores de edad.

11. Castilla Barea, Margarita, “Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”, Aranzadi Civil-Mercantil, n° 7/2010, pág. 4.

En el Derecho aragonés la atribución del uso de la vivienda familiar tiene una clara relevancia patrimonial que ha de ser valorada al fijar, ex art. 82 del Código aragonés, los gastos de asistencia de los hijos a cargo de los progenitores, entre los que se encuentra la necesidad de habitación. E igualmente, la referida atribución figura entre los criterios que el Juez debe ponderar equitativamente para fijar la cuantía y la naturaleza temporal o indefinida de la asignación compensatoria a favor del progenitor al que la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior a la ruptura de la convivencia –art. 83.2.d) C DFA–.

Con similar criterio cabe mencionar el Derecho civil catalán, en concreto los artículos 233.20.7<sup>12</sup> y 233.21.1.b)<sup>13</sup> del Código Civil de Cataluña. Conforme a este último precepto resulta clara la naturaleza y la relevancia patrimonial de la medida, que en esta regulación puede ser sustituida por el pago de las necesidades de vivienda del otro cónyuge y de los hijos por parte del obligado a la cesión del uso.

La trascendencia patrimonial resulta también, en la regulación valenciana, de lo dispuesto en el artículo 6.1, párrafo 2<sup>o</sup><sup>14</sup> de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

Esta situación de interdependencia de los distintos efectos de la ruptura de la convivencia tiene, por tanto, reflejo en los distintos Derechos civiles, que conceden mayor o menor relevancia a los aspectos familiares frente a los estrictamente económicos.

En la aplicación de la norma, las partes tienen muy presente esta interrelación y en ocasiones llegan a solicitar determinados efectos personales en función de la situación patrimonial en que se encuentran los progenitores<sup>15</sup>.

---

12. Artículo 233.20.7: “La atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge.”

13. Artículo 233.21.1.b) del mismo cuerpo legal, que contempla la exclusión de la atribución de la vivienda familiar, entre otros supuestos:

“b) Si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos.”

14. Artículo 6.1, párrafo 2<sup>o</sup>:

“En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores.”

15. Así, se ha llegado a solicitar por el marido que sea la esposa quien ostente la guarda y custodia de los hijos menores y que use la vivienda familiar (propiedad del esposo), hasta la fecha en que concluya el arrendamiento concertado sobre la vivienda propiedad de la esposa, momento en el que se cambiará a una custodia compartida, pasando el marido a residir en la vivienda familiar en compañía de los hijos menores.

## V.- CRITERIOS LEGALES PARA DECIDIR LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA Y DEL AJUAR FAMILIAR.

En defecto de pacto y conforme al artículo 81.1 del Código del Derecho Foral de Aragón, “En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares”.

Ya hemos señalado, sin embargo, que el principio general que debe guiar la adopción de cualquier medida en una situación de ruptura de la convivencia de los progenitores debe ser el interés del menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, recomendación 14 de la Carta Europea de los Derechos de la Infancia de 21 de septiembre de 1992<sup>16</sup>, en el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>17</sup> y en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor de 15 de enero de 1996<sup>18</sup>. Y también, en el Derecho aragonés, cabe citar en el mismo sentido el artículo 76.2 del Código del Derecho Foral de Aragón<sup>19</sup>, y los arts. 3.3.a) y c), 4, 13, 21, 46.i) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

El Tribunal Constitucional ha sostenido que “El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá

16. 15. Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten. Con objeto de ayudar a tomar una decisión a las personas competentes, el niño deberá ser oído, especialmente en todos aquellos procedimientos y decisiones que impliquen la modificación del ejercicio de la patria potestad, la determinación de la guarda y custodia, la designación de su tutor legal, su entrega en adopción o su eventual colocación en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social. A este respecto, en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos e intereses del niño.

17. Art. 24.2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.

18. Art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, a cuyo tenor, “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

En el mismo sentido hay que citar el artículo 11.2. a) de la Ley Orgánica de Protección del Menor de 15 de enero de 1996, conforme al cual, “Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes:

a) La supremacía del interés del menor” .

19. Artículo 76. Derechos y principios

2. Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos.

ceder frente al interés de éste.” –STC nº 176/2008, de 22 de diciembre de 2008-. En este mismo sentido se pronunció ya en este foro María José Balda Medarde<sup>20</sup>.

Por ello debe considerarse que la atribución del uso de la vivienda al progenitor con mayores dificultades de acceso a una vivienda constituye en realidad, en una situación de custodia compartida del menor, una medida que se justifica, en último término, por la necesidad de atender el interés superior del menor en el apartado referente a su derecho de habitación, como forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos.

En apoyo de esta interpretación cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2012: “El principio protegido en esta disposición [en ese caso, el art. 96 del Código Civil] es el interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación ( art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat y art. 81.2 CDF Aragón). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios”.

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha reiterado también la preeminencia del interés superior del menor. Así, “el punto de partida de la norma legal aplicable, art. 80 del CDF A, que establece el sistema de custodia compartida como aquel que satisface en mayor medida el interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad” –STSJA de 6 de junio de 2012, y en el mismo sentido, las sentencias del mismo Tribunal de 18 de abril de 2012, 1 y 8 de febrero de 2012, 15 de diciembre, 30 de septiembre y 13 de julio de 2011, entre otras-.

También resulta de interés el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 22 de noviembre de 2011 que acordó levantar la suspensión de la Ley de la Comunidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. En efecto, en dicha resolución se alegó por el Abogado del Estado, en defensa de la suspensión del artículo 6.1 de la Ley Valenciana<sup>21</sup>, que dicho precepto “al regular la atribución del uso de la vivienda

20. En la ponencia ya citada, María José Balda fundamentaba esta conclusión en el amplio poder de decisión que el legislador ha querido conferir al Juez, dada la interpretación sistemática de la Ley, y razonando que cualquier otra interpretación supondría admitir que, en la atribución del uso de la vivienda familiar, puede prevalecer el interés de uno de los progenitores sobre el interés y beneficio de los menores; y esta línea interpretativa no cabe en ningún caso, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Igualdad (actual artículo 76 del Código Aragonés), ni respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar, ni respecto a ninguna otra decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad (páginas 222 y 223).

#### 21. Artículo 6. Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar

1. A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la

habitual, introduce factores que distorsionan la prevalente atención al interés del menor pues el legislador valenciano dispone que “la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”, introduciendo así un factor distorsionador del preferente interés del menor, como sería la dificultad de acceder a la vivienda de uno de los progenitores, concepto jurídico indeterminado cuya compatibilidad con el interés del menor queda al arbitrio del Juez y que viene determinado porque para el legislador valenciano el régimen general es el de custodia compartida de manera que sólo tiene sentido introducir el criterio antes aludido si efectivamente se mantiene la vigencia de la prioridad del régimen de custodia compartida”.

Pues bien, el Tribunal Constitucional rechazó esta alegación razonando que “es la autoridad judicial la que ha de decidir la atribución del uso de la vivienda lo que asegura la toma en consideración en todo caso del superior interés de los menores afectados. En segundo lugar, a la luz del propio tenor literal del art. 6.1, cabe dudar de que la afectación al aludido interés de los menores se produzca pues el precepto proclama claramente como criterio de atribución del uso de la vivienda familiar, que ha de ser respetado en todo caso por la autoridad judicial en su decisión, el de la conveniencia de los hijos de suerte que la toma en consideración de las eventuales dificultades en el acceso a la vivienda por parte de uno de los progenitores solamente se producirá en el caso de que, a juicio de la autoridad judicial, resulte compatible con el aludido interés de los hijos. En tercer lugar, los perjuicios que se alegan a los intereses patrimoniales de uno de los progenitores, además de su marcado carácter hipotético, no pueden prevalecer sobre los intereses generales a que obedece la ley” – Fundamento de Derecho Séptimo-.

Respecto al sentido que tiene la atribución al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda debe valorarse, como destaca Margarita Castilla Barea<sup>22</sup>, que en la custodia compartida los hijos continúan disfrutando de la vivienda familiar con independencia del progenitor a quien se atribuye su uso, por lo que el factor decisivo es la mayor dificultad de uno de ellos para el acceso a la vivienda familiar, posibilidad que no se explicita en el Código Civil aunque responde en cierto sentido al espíritu del artículo 96.III –si bien para el supuesto de que no haya hijos-.

Esta solución respetará el superior interés del menor en lo que constituye su derecho de habitación como parte integrante del derecho de alimentos. En cualquier caso, como ya se ha anticipado, sobre el criterio legal debe prevalecer el interés preferente del menor<sup>23</sup>.

---

convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores.

22. Castilla Barea, Margarita, Ob. Cit. Pág. 30.

23. En la doctrina se han mantenido posturas distintas. Así, Bernardo Cruz Gallardo ha destacado que el derecho de uso de la vivienda familiar está sometido al enfrentamiento de intereses legítimos en conflicto, y para asignarlo habrá que determinar cuál es el interés más necesitado de protección, que normalmente será el del menor, aunque no siempre sucede así - Cruz Gallardo, B., “La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales”, Ed La Ley, Madrid, 2012, pág. 371.



En su defecto, si no resultara aplicable este criterio, “se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares”.

El mejor interés para las relaciones familiares es, como acertadamente sostiene Aurora López Azcona<sup>24</sup>, un concepto jurídico indeterminado.

En la práctica se trata de un criterio subsidiario de atribución muy genérico, que confiere al Juez amplias facultades para resolver fundadamente sobre la atribución del uso de la vivienda familiar atendiendo a la situación existente en el momento de ruptura de la convivencia de los progenitores.

Margarita Castilla Barea<sup>25</sup> destaca que la amplitud de la previsión legal permite que el Juez pueda acordar la atribución del uso alternativo del domicilio a uno u otro progenitor, si bien refiere también que el legislador aragonés ha preferido no respaldarlo explícitamente, consciente de la gran cantidad de problemas e inconvenientes que esta fórmula plantea en su desenvolvimiento práctico<sup>26</sup>.

Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, conforme al art. 81.2 del Código del Derecho Foral de Aragón, “se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor.”

De nuevo se establece un criterio subsidiario, de cierre, fundado en el mejor interés para las relaciones familiares, lo que viene a conferir, como ya se ha indicado anteriormente, unas amplias facultades al Juez para decidir la atribución del uso de la vivienda con amplitud de criterio, a la vista de las circunstancias del caso sometido a su decisión. Isaac Tena Piazuelo<sup>27</sup> destaca que el artículo 7 –actual artículo 81 del Código aragonés– ofrece una serie de supuestos de hecho, con su propia consecuencia, aunque el Juez puede resolver de otro modo si así lo considerase necesario. De esta forma pone de manifiesto la libertad de criterio que tiene el Juez para decidir sobre una medida, de relevancia personal y patrimonial, que ha de responder de manera preferente a la satisfacción del interés del menor.

En cuanto a los criterios tomados en consideración por los Tribunales para resolver la atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar, se pueden mencionar los siguientes:

- **Custodia compartida y mejor interés para las relaciones familiares:** Guarda y custodia compartida del hijo menor de edad, y atribución a la madre del uso de la vivienda familiar hasta el 30 de septiembre de 2020, que era el pronunciamiento ya acordado en primera instancia por haber contado inicialmente esta medida con la aprobación del recurrente, pese a tener menos ingresos que la madre, y valorando la adquisición por el recurrente de una vivienda próxima a la anterior. En

---

24. Delgado Echeverría, Jesús (Director), “Manual de Derecho civil aragonés”, Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pág. 185.

25. Ob. Cit., pág. 31

26. En el mismo sentido se pronuncia María José Balda en la obra ya citada, pág. 225.

27. Tena Piazuelo, Isaac, “Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿Niños “de primera”?”, Aranzadi Civil-Mercantil, nº 1/2011.

definitiva, se atendió al criterio subsidiario del mejor interés para las relaciones familiares, al atribuir el uso al que poseía mayores ingresos económicos –STSJA de 15 de diciembre de 2011-.

- **El objeto de la atribución es únicamente la vivienda familiar:** En un procedimiento de divorcio en el que los hijos menores quedaron bajo la guarda y custodia de la madre, se acordó limitar la atribución a D. Benjamín del uso de la vivienda, hasta la liquidación del consorcio, con un plazo máximo que finalizará el 31 diciembre 2013, y se argumentó que “A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez del divorcio solo puede disponer en principio de la vivienda familiar y objetos de uso ordinario, no sobre los demás bienes, pues si son privativos nada procede acordar sobre ellos y si son consorciales se debe proveer a su reparto en el correspondiente procedimiento de liquidación del patrimonio común (arts 806 y ss).” –SAPZ, Sección 2ª, de 15 de mayo de 2012-.

- **Custodia compartida por periodo de seis meses y uso de la vivienda familiar (privativa del padre) por el menor y el progenitor que tenga su custodia, de forma alterna, y fundada la medida en el beneficio del menor** –SAPZ, Sección 2ª, de 29 de noviembre de 2011-.

- **Atribución del uso y gastos:** “El recurso debe ser estimado en sus propios términos, a fin de aclarar que la atribución del uso de la vivienda conlleva lógicamente la obligación de asumir por parte de la actora los gastos derivados de los servicios con que cuenta la vivienda.” –SAPHuesca de 7 de diciembre de 2011-.

- **La modificación de circunstancias no puede consistir en la mejora de recursos de un tercero:** “siendo lo único cierto que ha existido una atribución del uso de la vivienda familiar a la madre e hijos en la sentencia anterior, y que el hecho de que la abuela de los niños posea otros inmuebles o conviva por razones de conveniencia y atención familiar con su hija o nietos, no puede considerarse una modificación sustancial de las circunstancias tomadas en consideración para acordar la atribución, pues al interés que hay que atender es al de la madre y de los hijos en función de las circunstancias económicas de estos y no consta tal mejora, pues ésta, como adelantamos, no puede consistir en la mejora de recursos que no sean propios;” –SAPTeruel de 21 de febrero de 2012-.

- **Atribución de segundas residencias:** “La Sala pronuncia la siguiente doctrina jurisprudencial: El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos”. Los razonamientos en que se funda la referida doctrina son los siguientes: “La solución no contradice las SSTS 451/2011, de 21 junio; 236/2011, de 14 abril y 221/2011, de 1 abril, que declaran que debe atribuirse al menor el uso de la vivienda familiar, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 96 CC, porque su interés es el que debe ser protegido, puesto que en el presente caso, la posibilidad de que los propietarios recuperen la vivienda ejerciendo el desahucio por precario, implica que deba entenderse perjudicial para el propio menor la atribución del uso de una vivienda de la que podría ser des-

alojado. Una solución parecida, aunque referida al caso en que los cónyuges sean titulares de más de una residencia, aparece recogida en el art. 233-20 CCCat, que establece que en el caso en que las otras residencias sea idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragonés)” -STS de 10 de octubre de 2011-.

## VI.- LA LIMITACIÓN TEMPORAL EN LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

La necesidad de que el Juez fije una limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar es uno de los elementos que singularizan nuestra regulación respecto al Derecho civil común, aunque también en este se trate de un derecho de carácter temporal, porque aun en ausencia de una limitación establecida en sentencia, su duración estará siempre condicionada por la subsistencia de la necesidad socio-familiar que con él se trata de proteger<sup>28</sup>.

Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón, la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia -artículo 81.3-.

El Derecho aragonés, como el catalán o el valenciano, se ha separado de la previsión del artículo 96 del Código Civil, en la interpretación efectuada por la jurisprudencia<sup>29</sup>, imponiendo una limitación temporal al disfrute del uso con la que se pretende hacer frente a las dificultades económicas en que se encuentra el progenitor que carece de dicho uso para poder acceder a una nueva vivienda.

En el Derecho civil común la regulación contenida en el artículo 96 del Código Civil no contempla, a excepción de su párrafo tercero referido a los supuestos de inexistencia de hijos menores, la fijación de un límite temporal del uso de la vivienda familiar. Además, el precepto ha sido interpretado jurisprudencialmente de manera que se excluyen las limitaciones temporales del uso que puedan afectar a los hijos menores de edad<sup>30</sup>.

28. Véase, en tal sentido, Martín Muñoz, A., “El derecho de uso de la vivienda familiar y el registro de la propiedad”, *Revista de Derecho de familia*, jul-sept 2009, págs. 70 y 71.

29. Por todas, STS de 26 de abril de 2012.

30. En este sentido se puede citar la STS de 21 de junio de 2011 que fundamenta la imposibilidad de establecer limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores, mientras sigan siéndolo en que “no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta el art. 96 CC, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), que obliga a decidir en interés del menor” y se razona que “esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor”. Y con similar criterio, la STS de 26 de abril de 2012.

El Código Aragonés, sin embargo, contiene una previsión general para fijar una limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar atendiendo a las circunstancias concretas de cada familia.

Es interesante destacar que en la inicial Proposición de Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, no había ninguna mención al establecimiento de una limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar<sup>31</sup>.

En la tramitación parlamentaria de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, se defendieron posturas en las que se imponían límites concretos a dicha atribución<sup>32</sup>. Así, se llegaron a proponer los límites de tres años prorrogables para la atribución al progenitor con más dificultad de acceso a la vivienda en supuestos de custodia compartida, y de dos años si la vivienda familiar era de propiedad común de los cónyuges, y debiendo procederse a la venta de la vivienda, transcurrido el mismo, para garantizar la igualdad de acceso de los progenitores a la vivienda<sup>33</sup>.

La regulación del Derecho catalán se encuentra a medio camino entre el Derecho civil común y el Derecho aragonés, porque excluye de la atribución temporal del uso de la vivienda los supuestos en que la misma se conceda al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes, que se mantendrá mientras dure ésta<sup>34</sup>.

31. En la Proposición de Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, la redacción del artículo 7 era del siguiente tenor: "La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

1. En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares. Excepcionalmente, cuando el uso de la vivienda familiar sea a título de propiedad de los padres, el Juez podrá acordar su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.

2. Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos se le atribuirá el uso de la vivienda familiar.

3. El ajuar familiar permanecerá en el domicilio familiar salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos. En el caso de que ninguno de los padres continúe en el domicilio familiar se decidirá la entrega de los bienes entre los mismos según las relaciones jurídicas que les sean aplicables".

32. Enmiendas 45 y 51 del Grupo Parlamentario Popular

33. Enmienda nº 45 del Grupo Parlamentario Popular. Las distintas enmiendas se pueden consultar en: [http://bases.cortesaragon.es/bases/original.nsf/\(BOCA1\)/0E15EECCC6793D7DC12576E700438B1D/\\$File/BOCA%20num.%20208.pdf?OpenElement](http://bases.cortesaragon.es/bases/original.nsf/(BOCA1)/0E15EECCC6793D7DC12576E700438B1D/$File/BOCA%20num.%20208.pdf?OpenElement)

34. Artículo 233.20. Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar

1. Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados.

2. Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta.

3. No obstante lo establecido por el apartado 2, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos:

a) Si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores.

b) Si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad.

c) Si pese a corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de alcanzar los hijos la mayoría de edad.

4. Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda fa-

En todo caso, conviene tener presente que la fijación de esta limitación temporal al uso de la vivienda familiar que resulta del artículo 81.2 del Código del Derecho Foral de Aragón no deja sin efecto el contenido de los deberes de crianza y educación de los hijos menores a cargo de quienes ejercen la autoridad familiar, entre los que se encuentran, junto al genérico de tenerlos en su compañía<sup>35</sup>, que ha podido ser modulado por las medidas adoptadas tras la ruptura de la convivencia de los padres, el de proveer a su habitación<sup>36</sup>. E igualmente el Código Civil regula los alimentos entre parientes en el Título VI del Libro I, contemplando expresamente entre los mismos todo lo indispensable para la habitación del alimentista<sup>37</sup>.

Es decir, en ningún caso, pese a la limitación temporal que pueda fijarse a la atribución del uso de la vivienda familiar, debe quedar el alimentista privado de un derecho básico, como el de habitación, que forma parte de la prestación de los alimentos debidos entre parientes.

La singularidad de los hijos mayores de edad o emancipados respecto a los menores – o en Aragón, conforme al artículo 69, también los mayores, por el tiempo normalmente requerido para que completen su formación y en la medida en que sea razonable exigirles a los padres el cumplimiento del deber de costear los gastos de crianza y educación- en cuanto al derecho de habitación la hallamos en la STS de 30 de marzo de 2012, al destacar que “A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto [se refiere la sentencia al art. 93 CC<sup>38</sup>], la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los Arts. 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos<sup>39</sup>.”

Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad,

---

miliar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

5. La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3 y 4, debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.

35. Artículo 65.1.a) del Código del Derecho Foral de Aragón.

36. Artículo 65.1.b) del Código del Derecho Foral de Aragón.

37. Art. 142 del Código Civil.

38. Artículo 93

El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los arts. 142 y ss. de este Código .

39. Art. 149 del Código Civil.



se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los Arts. 142 y siguientes del CC, (...)En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los Arts. 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir.”

En cuanto a los criterios tomados en consideración por los Tribunales para establecer algún tipo de limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar, se pueden mencionar los siguientes:

- **Justificación por la titularidad del esposo, el gravamen de una hipoteca y por disponer la esposa de otra vivienda:** La limitación del uso a favor de la madre y de los hijos menores que quedan bajo su guarda y custodia hasta el 31 de diciembre de 2012, acordada en sentencia de primera instancia de 25 de mayo de 2011, se justifica en la segunda instancia por ser la misma privativa del marido y estar gravada con una hipoteca importante, y disponer la esposa de una vivienda privativa –SAPZ, Sección Segunda, de 29 de mayo de 2012 (Rec. Cas. 36/2012)-.

- **Es necesario respetar el pacto contenido en el convenio regulador:** La necesidad de respetar, conforme al principio standum est chartae, el pacto del convenio regulador que atribuía el uso de la vivienda familiar, propiedad por iguales y mitades partes de los esposos, a la esposa hasta que las hijas lo necesiten o dispongan de medios económicos propios con los que asumir los gastos derivados de una vivienda en propiedad o alquiler –SAPH de 31 de enero de 2012 que revoca la de primera instancia de 13 de junio de 2011 sobre modificación de medidas definitivas, en la que se había limitado el uso de la vivienda conyugal hasta el 31 de diciembre de 2012. La sentencia de la Audiencia fue recurrida en casación únicamente en el pronunciamiento referente a los gastos de asistencia de los hijos, y el recurso fue desestimado por la sentencia del TSJA de 4 de julio de 2012-.

- **Atribución del uso de la vivienda como pacto liquidatorio no sometido al art. 81 del CDFa:** En procedimiento de modificación de medidas definitivas con guarda y custodia de los hijos menores a favor de la madre, en el que se discutía la atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar y la limitación o no de dicho uso fijado hasta el 31 de diciembre de 2012 en la primera instancia, la AP entendió que la cláusula 4ª del Convenio de separación suscrito por los cónyuges impedía no sólo acordar la extinción del uso, sino, ni siquiera, limitar temporalmente el mismo.

Se razonó que en dicha cláusula se había pactado por los esposos de forma específica y exclusiva la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, con adjudicación concreta de sus bienes. Dado el menor valor de los bienes adjudicados a la esposa (el actor quedaba titular del estudio, garaje y trastero más un coche, y la demandada del ajuar familiar y de un coche) el esposo se comprometía no sólo a pagarle 4.000.000 ptas. sino, y además, como complemento, a proporcionar a la esposa e hijos un domicilio, a ser posible en el piso que ocupaban en CALLE000

num. NUM000, propiedad de sus padres, y si no pudiera cumplir tal compromiso por esta circunstancia se comprometía a facilitarle otra residencia de similares características, corriendo él con la renta y demás gastos que originase, incluso los de traslado, en Zaragoza.

Se trataba, por tanto, de un pacto liquidatorio de inexcusable cumplimiento, no sometido al régimen normativo referente al disfrute de la vivienda familiar (art. 81 C. Derecho Foral), y adoptado en atención a la menor atribución de bienes realizada en la liquidación a la esposa, frente a la más ventajosa posición en que quedó el esposo, y cuya alteración determinaría de facto la ineffectividad de la liquidación practicada de común acuerdo y libremente por los litigantes –SAPZ, Sección 2ª, de 29 de mayo de 2012-.

- **Justificación del plazo por la necesidad de conciliar el derecho de la hija y la finalidad liquidatoria propia de la limitación temporal:** En procedimiento de divorcio en el que la hija menor, de 9 años de edad, quedó bajo la guarda y custodia de la madre, se discutía la limitación de cinco años en la atribución del uso de la vivienda familiar a dicha progenitora, y la AP razonó, conforme al art. 81.3 del Código aragonés, que “La recurrente enfoca el problema en la única perspectiva de su situación e intereses y los de su hija, queriendo prolongar aquel uso hasta su mayoría de edad o independencia económica. Se trata, sin embargo, de conciliar en lo posible la finalidad liquidatoria que la limitación temporal que la Ley contempla persigue y el derecho de la hija a seguir en la vivienda que le ha servido de morada, con la seguridad que tal medida le proporciona y evitando aspectos ligados a la finalización del uso por los que sin duda queda afectada. Sentido en el que, atendida la ya examinada situación de actor y demandado, de 44 y 37 años, no ha lugar a la petición del recurso, pero si a la prolongación en dos años del periodo de atribución que la sentencia señala” –SAPZ, Sección 2ª, de 29 de mayo de 2012, y en el mismo sentido la sentencia de 20 de julio de 2012-.

- **Justificación del plazo para evitar nuevos cambios a la menor:** El uso de la vivienda familiar se concede a madre e hija hasta que ésta cumpla los 18 años de edad, siete años, valorando que el padre tiene satisfechas sus necesidades de alojamiento, y que madre e hija cuentan con buena relación vecinal, y que es preciso evitar nuevos cambios a una menor de 11 años que ha pasado por un proceso penal contra su padre y por un divorcio conflictivo de sus progenitores –SAPZ, Sección 2ª, de 22 de mayo de 2012-.

- **Naturaleza provisional del uso y derecho a la liquidación del patrimonio:** Sin embargo y aunque la Sentencia apelada establece un límite temporal al uso y disfrute de la vivienda familiar a favor de la esposa, entiende este Tribunal que el plazo de ocho años, a contar desde el siguiente día en que el menor David cumpla la edad de catorce años, establecido por la Juez “a quo”, lo que resulta excesivamente amplio, pues supondría el derecho de la esposa a usar la vivienda familiar durante, al menos, los próximos quince años, y contrario al propio espíritu del art.80.3 del Código de Derecho Foral de Aragón, toda vez que del mismo se deduce la naturaleza esencialmente provisional de este derecho y habida cuenta que se produciría una colisión con los legítimos derechos que al otro

consorte puedan corresponder sobre el referido inmueble, no tanto en cuanto a su uso, como en lo que respecta a su disposición mediante operación conducente a la efectiva liquidación del patrimonio. Por consiguiente, en el presente caso, tomando en consideración la edad de la menor, las circunstancias económicas de ambos progenitores y que ninguno de los dos dispone de otra vivienda, así como que es la madre la que ostenta la guarda y custodia de los hijos, a lo que debe añadirse las condiciones actuales del mercado inmobiliario y siempre atendiendo al interés preferente de los menores, este Tribunal considera que lo más razonable es prorrogar el uso y disfrute de la vivienda familiar a favor de la Sra. Gregoria durante seis años, desde la fecha de la presente sentencia, debiendo contribuir ambos cónyuges al 50% al pago del préstamo hipotecario hasta su liquidación.” –SAPZ, Sección 2ª, de 20 de abril de 2012-.

- **Atribución a la madre, que carece de trabajo y tiene la custodia de dos hijos menores, durante seis años** –SAPZ, Sección 2ª, de 28 de febrero de 2012-.

- **Estar a lo pactado:** “En cuanto el uso del domicilio familiar la cláusula primera del convenio establecía para la esposa un límite para el 1/09/2011 así con la posibilidad de alquilar la vivienda uno de los cónyuges a partir de dicha fecha, es obvio que en modo alguno permitía a la demandada permanecer en el uso exclusivo de la vivienda por lo que esta cuestión estaba prevista en el convenio y no necesita pronunciamiento alguno debiendo estar las partes a lo pactado o acordar de común acuerdo lo que estimen pertinente.” –SAPZ, Sección 2ª, de 22 de febrero de 2011-.

- **Se excluye, por imperativo legal, la atribución del uso sin limitación temporal:** “En primer lugar, la Sentencia de instancia otorga a la actora el uso de la vivienda litigiosa sin establecer límite temporal alguno a dicho uso, y ello pese a que el art. 81.3 del Código de Derecho Foral Aragonés(Real Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo) impone al Juez o Tribunal el deber de fijar, a falta de acuerdo y teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia, una limitación para la concesión del disfrute del inmueble..[...] la Sala entiende que la solución más adecuada a las circunstancias familiares es establecer, por imperativo legal, un límite temporal a la atribución del uso de la vivienda a la progenitora custodia de la menor, que fijaremos prudencialmente en un año a contar desde el día siguiente a la fecha de la presente resolución,” –SAPH de 29 de febrero de 2012-.

#### **VII.- LA POSIBILIDAD DE ACORDAR LA VENTA DE LA VIVIENDA CUANDO EL USO DE LA MISMA SEA A TÍTULO DE PROPIEDAD DE LOS PADRES, SI RESULTA NECESARIA PARA UNAS ADECUADAS RELACIONES FAMILIARES –ARTÍCULO 81.4 DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN-.**

Esta es una de las mayores novedades que introduce la Ley aragonesa, y uno de los aspectos que mejor evidencian el peso que adquieren los aspectos patri-

moniales, frente a los estrictamente personales, en los supuestos de ruptura de la convivencia con hijos a cargo de los progenitores.

El precepto, sin embargo, plantea la necesidad de delimitar correctamente los supuestos en los que cobra sentido la facultad del Juez de acordar la venta de la vivienda familiar, por resultar la misma necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.

Para una correcta exégesis es preciso destacar la especial protección que merece, con carácter general, la vivienda ocupada por la familia.

El art. 190 del CDFa<sup>40</sup> impone, bajo sanción de anulabilidad, la exigencia del consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, autorización judicial para los actos de disposición voluntaria, o la sustracción del uso común, de los derechos que correspondan a uno de los cónyuges, en todo o en parte, sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario ordinario de la misma<sup>41</sup>.

El precepto está previsto para los casos en que la vivienda pertenezca a uno de los cónyuges, en todo o en parte, aunque el verdadero sentido de la restricción que impone se encuentra cuando la vivienda familiar pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges, porque si la titularidad sobre la misma es común, por existir entre los cónyuges -o convivientes- una copropiedad ordinaria, o bien por aplicación de un concreto régimen económico matrimonial, en tales casos la exigencia del consentimiento conjunto de ambos resultará de las propias reglas de la comunidad ordinaria -art. 399 CC- o del régimen matrimonial<sup>42</sup> -en nuestro Derecho, arts. 229 a 243 CDFa-.

La limitación que establece el art. 190 del CDFa, situado en el Título Primero, "Efectos generales del matrimonio", dentro del Libro Segundo del Código dedicado al Derecho de Familia, opera, sin embargo, solo hasta la nulidad<sup>43</sup>, separación o disolución<sup>44</sup> del matrimonio. Es decir, al igual que el art. 1320 CC, regula la protección de la vivienda familiar en situaciones de normalidad matrimonial.

El problema se plantea cuando se ha tramitado un procedimiento de separación, nulidad o divorcio, o de ruptura de convivencia de los padres con hijos a cargo, y se dicta sentencia. En ese momento el Juez tiene que decidir sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, porque la ocupación anterior de la misma en situación de normalidad matrimonial se hallaba amparada por la obligación de los cónyuges de vivir juntos -arts. 68 a 70 CC-, o en situación previa de parejas

40. Y también, con similar criterio, el art 1320 Código civil, en sede de Derecho civil común.

41. Un detallado análisis de la norma y del proceso del debate seguido sobre el precepto en la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, con transcripción de la parte sustancial de la deliberación, se encuentra en Forcada Miranda, Francisco Javier y otros, "La vivienda familiar en situaciones de ruptura matrimonial", Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, 2004, págs. 20 a 23.

42. Cuenca Casas, M., Ob. Cit., pág. 297; De Los Mozos, J.L., "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", Tomo XVIII, Vol 1º, pág. 131, Ed, Edersa, Madrid, 1982; y también, Salazar Bort, S., ob. Cit., página 29.

43. Artículos 73 a 80 del Código civil.

44. Artículos 85 a 89 del Código civil.

no casadas, por la necesidad de regular, en interés de los menores y tras la ruptura de la convivencia, una medida importante de protección.

Con la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no titular de la misma, o a uno de los cotitulares, se otorga un derecho de ocupación que el Tribunal Supremo ha llegado a interpretar que es oponible a los terceros que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división –SSTS de 18 de enero de 2010<sup>45</sup> y de 11 de diciembre de 1992-.

En esta situación –y a partir de la sentencia-, si la vivienda pertenece a uno de los progenitores, la atribución del uso al no titular no limita la facultad de disposición del bien. Con la atribución del uso al cónyuge no titular se concede un derecho de ocupación oponible *erga omnes* y que puede acceder al Registro de la Propiedad, de forma que el tercero adquirente vendrá obligado a soportarla si no consta consentimiento del titular del uso, o bien si dicho tercero no ve amparado su derecho por los principios de la fe pública registral.

En el Derecho Civil aragonés el art. 81.4 CDFa no menciona siquiera la previsión del art. 96, párr. 4º CC de requerir el consentimiento de ambas partes o autorización judicial para disponer de la vivienda cuyo uso corresponda al cónyuge no titular<sup>46</sup>.

En definitiva, la transmisión del dominio por el cónyuge titular sin el consentimiento del que tiene atribuido el uso no provoca la ineficacia de la transmisión a un tercero que adquiere *a domino*, si bien se debe respetar el derecho de uso del no titular.<sup>47</sup> Si se ha concedido el uso a quien no ostenta la titularidad del bien, este podrá proteger dicha atribución con el acceso del derecho de uso al Registro de la Propiedad, y evitar así el principio de fe pública registral contemplado en el art. 34 LH –STS de 22 de abril de 2004 y RDGRN de 20 de febrero de 2004 respecto a la posibilidad de inscripción-.

Y en los casos de copropiedad ordinaria, tampoco el cotitular se ve privado de la facultad de ejercitar la acción de división de la cosa común, a través del procedimiento correspondiente, a fin de lograr la cesación de la comunidad mediante la división material o, más frecuentemente, la venta a terceros del bien, aunque la eventual enajenación en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que se mantendrá mientras no concluya el plazo de duración de la

45. En el F. D. Sexto de la sentencia se razona: “El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTS de 27 diciembre 1999, 4 diciembre 2000, 28 marzo 2003 y 8 mayo 2006, entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges. Es por ello que la Dirección General de los Registros ha considerado que el derecho de los hijos no tiene naturaleza de derecho real, sino que son solo beneficiarios.”

46. Matilde Cuenca Casas sostiene, en una situación de crisis matrimonial, que lo esencial en la protección del cónyuge usuario es el derecho a poseer el inmueble del que no es titular exclusivo, mientras que el derecho a impedir la disposición unilateral del mismo por el cónyuge titular, es secundario, pues lo decisivo para el primero es poder permanecer en la vivienda -Cuenca Casas, M., Ob. Cit., pág. 351-.

47. Cuenca Casas, M., Ob. Cit., pág. 306 a 308, con cita también del art. 233.25 del Código Civil de Cataluña, precepto que expresamente consagra dicha facultad de disposición, si bien sin perjuicio del derecho de uso.



misma, o sea modificada por el órgano jurisdiccional de familia competente –en este sentido, SSTs de 18 de enero de 2010, 8 de mayo de 2006, 14 de noviembre de 2002 y 27 de diciembre de 1999, que rectifican una doctrina anterior contenida, entre otras, en la sentencia de 3 de mayo de 1999-.

En definitiva, para ninguno de estos casos está pensada, en rigor, la facultad excepcional de acordar judicialmente la venta de la vivienda si la misma es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares, porque el titular o cotitular del derecho siempre podrá enajenar o ejercitar la acción de división de la cosa común, respectivamente –si bien con la limitación de tener que respetar, en su caso y mientras subsista, la atribución del uso acordada por el Juzgado de Familia.

En realidad, en estos supuestos lo determinante va a ser si se otorga o no el uso de la vivienda familiar, que se comporta en el tráfico como una carga real<sup>48</sup>, más que la decisión judicial sobre la venta de la vivienda, que poco aporta a las partes, dada la facultad que ya ostentan para enajenar o promover la división de la cosa común. Si no se atribuye el uso, entonces el propietario o copropietarios podrán disponer libremente del bien, como consideren necesario.

Esta conclusión se puede extrapolar también a los casos de copropiedad ordinaria, que se dan en la práctica, en que se acuerda que la vivienda se venda después de rebasado un determinado límite temporal<sup>49</sup>. En esta situación cabe objetar que el acuerdo de venta de la vivienda después del lapso de uso no conlleva, en realidad, más que una suerte de reserva de conclusión del condominio que solo operará si en el tiempo que media entre la sentencia que lo acuerda y la finalización del uso, los copropietarios no alcanzan un acuerdo distinto acerca de la cotitularidad y el destino que desean darle a la finca. Se trata, en fin, de una previsión que resulta innecesaria porque a los progenitores copropietarios de la vivienda les basta, finalizado el plazo de atribución, con la facultad legal de promover la división de la cosa común.

La posibilidad de acordar la venta está, por tanto, pensada para supuestos distintos, de matrimonios en los que, siendo la vivienda familiar un bien común, los cónyuges están sujetos, como en el consorcio conyugal aragonés, a un régimen económico matrimonial que determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a cargas y obligaciones que imponga, en defecto de acuerdo, la tramitación del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial.

En tal situación, dictada sentencia de nulidad, separación o divorcio<sup>50</sup> se produce la disolución de pleno derecho del consorcio –art. 244 CDFa-. Y tras la disolución, el artículo 254 CDFa dispone que la administración y disposición de los bienes comunes se registrará por lo acordado por los cónyuges o partícipes y, en su

48. Sobre esta calificación de la naturaleza jurídica, véase Cuenca Casas, M, Ob. Cit., pág. 411.

49. Como ya hemos visto, es algo que, en una situación de proindiviso ordinario, ni quita, ni pone, porque sus propietarios siempre estarán facultados para ejercitar la acción de división de la cosa común ex arts. 400 y ss del CC.

50. La estimación de la pretensión de divorcio resultará normalmente indiscutida por el cónyuge demandado dado el tenor de los artículos 85 y 81 del Código Civil, que no exigen más que el mero transcurso del plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio. Y en cuanto a la separación, tampoco el pronunciamiento será, de ordinario, controvertido a tenor de la literalidad del artículo 81 del Código Civil.

defecto, se estará a lo dispuesto por el Juez en el correspondiente procedimiento. En definitiva, con esta regulación el acuerdo de venta adoptado al amparo del art. 81.4 CDFA, aun diferido en el tiempo, se justifica por la necesidad de evitar la situación de bloqueo que se puede producir por la negativa injustificada de uno de los cónyuges a enajenar la vivienda, con el consiguiente perjuicio para las relaciones familiares.

Es importante precisar que, tras la disolución de la comunidad conyugal, los bienes que hasta entonces habían tenido el carácter de consorciales pasan a integrar, hasta que se realice la correspondiente liquidación, una comunidad de bienes postmatrimonial, en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el “totum” consorcial, no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice en una parte concreta de bienes para cada uno de los comuneros. De esta forma, sobre la totalidad de los bienes que la integran ambos cónyuges (o, en su caso, el supérstite y los herederos del premuerto) ostentan una cotitularidad que no permite que cada uno de ellos, por sí solo, pueda disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad el acto dispositivo así realizado<sup>51</sup>.

La única excepción vendría dada por el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de abril de 2000 al entender –en un supuesto de sociedad de gananciales– que no son necesarias operaciones divisorias si solo existe un bien, la vivienda familiar, que pasará a los esposos<sup>52</sup>.

Es cierto que, en paralelo con el procedimiento matrimonial, se puede tramitar el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, tal y como resulta de los artículos 807, 808 y 810 de la LEC; sin embargo la sustanciación de este último se puede demorar en exceso, con el perjuicio consiguiente de tener que seguir soportando los cónyuges, como tantas veces acontece, los elevados desembolsos del reintegro del préstamo hipotecario concertado en su momento para la compra del bien. Y ya se ha indicado que hasta la efectiva liquidación y adjudicación de bienes los comuneros no podrán disponer de los mismos o deducir, en caso de atribución del bien en proindiviso ordinario, la correspondiente acción de división de la cosa común.

En esta situación, el acuerdo de venta previsto en el artículo 81.4 CDFA puede resolver de forma satisfactoria el problema de la limitación de disposición sobre la vivienda familiar, sin tener que esperar a la conclusión de la liquidación del régimen económico matrimonial.

---

51. Esta es la interpretación que acoge la STSJA de 20 de diciembre de 2004, en la que también se razona que “Para describir esta situación jurídica, se ha dicho de forma muy gráfica lo siguiente: “El momento de disolverse la comunidad... puede asimilarse a la detención de un móvil. Es decir: el móvil continúa existiendo, pero ya no es tal. El conjunto de bienes continúa perteneciendo a los cónyuges... y sin cuotas determinadas sobre los bienes concretos, pero ya no es el patrimonio de una comunidad conyugal: desaparecida su finalidad y cegadas las fuentes que lo nutrían, su régimen va a ser el de cualquiera conjuntos de bienes en cotitularidad ordinaria; cada partícipe tiene sobre el conjunto una cuota independiente, homogénea y alienable, el correspondiente derecho de intervenir en la administración de las cosas comunes y acción para pedir la división, gobernándose la comunidad por el régimen normal para la gestión y de unanimidad para los actos de disposición”.

52. La cuestión no es, desde luego, pacífica y hay autores como Vicente Guilarte que defienden que también en este caso debe acudir, en defecto de acuerdo, al procedimiento especial de los artículos 806 y siguientes LEC.

Por otra parte, la recta intelección del art. 81.4 nos lleva a concluir que el acuerdo de venta –normalmente, acuerdo de venta inmediato o muy próximo en el tiempo a la sentencia que lo acuerda– resultará, fundamentalmente, de aplicación a los supuestos de custodia compartida.

Si interpretáramos que cabe acordar la venta – inmediata- en una custodia individual quedaría totalmente desvirtuada la previsión del art. 81.2 que ordena la atribución del uso –temporalmente- al progenitor que tenga la custodia de los hijos. Y aun en el caso de custodia compartida, la venta solo se ordenará si el Juez considera que ello es necesario para unas adecuadas relaciones familiares. Así se hallaba, además, expresamente contemplado en la Proposición de Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres<sup>53</sup>. No obstante lo anterior, cabe también sostener que resulta posible acordar la venta de la vivienda, en supuestos de custodia individual, cuando la misma se produzca después de la finalización del plazo de atribución del uso concedido en sentencia, y en previsión de que en ese momento no haya concluido aún la liquidación del régimen económico matrimonial.

En la doctrina, Margarita Castilla Barea destaca, críticamente, que en el art. 81.4 CDFA no se haga depender la posibilidad de venta de la previa petición de parte al respecto, y que no se exija que la vivienda sea de titularidad común de ambos progenitores<sup>54</sup>.

La literalidad del precepto, sin embargo, permite sostener que la posibilidad de venta se limita legalmente al supuesto de que la misma sea de titularidad conjunta de ambos progenitores. Y, además, dada la naturaleza de la medida, parece precisa la previa rogación de alguna de las partes, aunque la misma no figure expresamente contemplada en la norma.

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha tenido ya oportunidad de pronunciarse acerca de la debida ponderación de las circunstancias concretas de la familia para la fijación de una eventual limitación temporal del uso de la vivienda familiar y del acuerdo de poner a la venta la misma, una vez transcurrido el tiempo de uso.

---

53. En la Proposición de Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, la redacción del artículo 7 era la siguiente: “La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

1. En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares. Excepcionalmente, cuando el uso de la vivienda familiar sea a título de propiedad de los padres, el Juez podrá acordar su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.

2. Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos se le atribuirá el uso de la vivienda familiar.

3. El ajuar familiar permanecerá en el domicilio familiar salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos. En el caso de que ninguno de los padres continúe en el domicilio familiar se decidirá la entrega de los bienes entre los mismos según las relaciones jurídicas que les sean aplicables”.

54. Razona que aunque tal presupuesto podría interpretarse a partir de la literalidad de la mención “propiedad de los padres”, que se hace en plural, la ambigüedad de la norma al respecto hace insuficiente el argumento literal, máxime teniendo en cuenta que a tenor del artículo 1320 CC la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar puede hacerse con autorización judicial incluso cuando “tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges” – Castilla Barea, Margarita, ob. Cit., pág. 31-.

Así, la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal de 13 de julio de 2012 resuelve sobre un supuesto en el que ya en primera instancia se otorgó a la madre la guarda y custodia de los menores y se le atribuyó a ella el uso de la vivienda familiar, si bien limitado a la fecha de la liquidación del consorcio y efectivo reparto de los bienes, y en todo caso se acordó que transcurridos dos años desde la fecha de dicha sentencia sin que se hubiese repartido el patrimonio consorcial, se pusiera la vivienda a la venta de forma inmediata. La sentencia fue confirmada en segunda instancia –SAPZ, Sección 2ª, de 7 de febrero de 2012-. Y en casación la recurrente alegó que no se habían tenido en cuenta las circunstancias concretas de la familia, pues la sentencia impugnada había considerado sólo el aspecto económico sin valorar la atribución de la guarda y custodia de los hijos a la madre. Y se reprochó en el recurso que la venta en el plazo de dos años resultaba absolutamente contraria a los intereses familiares, siendo la venta una medida que en la ley solo se justifica cuando fuere necesario para unas adecuadas relaciones familiares.

En la sentencia –FD Tercero- tras aclarar que la regla que consagra el artículo 81.2 es la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor a quien corresponda de forma individual la custodia de los hijos, en el caso enjuiciado a la madre, razona que “el legislador aragonés no ha querido dejar en la indeterminación la necesaria liquidación de los intereses económicos o patrimoniales de los progenitores, ya que no en todos los casos existen razones atendibles para un uso de larga duración, y menos para acordar un uso ilimitado, pues la subsistencia de vínculos de tal naturaleza constituye de ordinario fuente de conflictos, además de que puede lesionar el interés del otro si es propietario o copropietario de la vivienda. Por ello, en el apartado tercero de ese mismo artículo se ordena que tal uso debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia. Es decir, el precepto deja a la discrecionalidad del Juez la fijación del límite, que es lo que asimismo se ha hecho en el caso presente estableciéndolo en dos años. La parte se queja de que no se han tenido en cuenta las circunstancias concretas de la familia, al haberse considerado sólo el aspecto económico de la cuestión. Pero no concreta cuales son las demás circunstancias que se han obviado; nada indica en orden a las consecuencias de otra índole que de un cambio de domicilio (y eventual cambio de colegio, o de amigos o vecinos) pudieran derivarse para la estabilidad de los niños. Sólo dice que no se ha tenido en cuenta la atribución de la guarda de los hijos a la madre, lo cual no es cierto. Y es indudable que en el caso tienen gran relevancia las circunstancias económicas, como se señala en la sentencia de primera instancia después confirmada (y como la misma recurrente expone –si bien pro domo sua- en su escrito). En aquella se ha tenido en cuenta el hecho de que la vivienda familiar, gravada con una hipoteca cuya cuota mensual es de 885 €/mes a abonar por ambos esposos al 50% (además de gastos de seguro, IBI y derramas extraordinarias) resulta inasumible tras la ruptura, así como la inconveniencia de cargar a la parte adversa costes de un sistema anterior que ya no existe. Lo cual se coordina con la limitación de la asignación compensatoria a un plazo de tres años. Es decir, se ha considerado que en un tiempo razonable la esposa puede subvenir a la necesidad de vivienda, buscando una nueva a la que trasladarse

desvinculando la vivienda que fue conyugal, de las relaciones personales entre ambos...[...]

Y ese pronunciamiento de la sentencia no es sustituible en esta sede casacional al no aparecer como irracional, contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de experiencia; esa fijación entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituyen materia reservada a la soberanía del Tribunal de instancia y, por consiguiente, no puede ser objeto de revisión en casación (STS 903/2005, de 21 noviembre y las allí citadas).

Podría plantearse la infracción no del 81.4 sino del 81.2 si el juzgador de instancia hubiera acordado la venta de la vivienda sin más. Pero acordar que se venda después de rebasado el límite temporal del uso no infringe el 81.4. En efecto, debe repararse en que, si la sentencia recurrida se hubiese limitado a fijar un plazo de dos años al uso (en atención a las circunstancias concretas de la familia) a lo que nada hay que objetar por lo que acaba de exponerse, nada impediría al esposo, transcurrido ese lapso, solicitar la liquidación o –en su caso- ejercitar su derecho a la división con base en los artículos 400 y siguientes del Código Civil.

Cuestión diferente será el precio, el procedimiento para la venta, y las demás cuestiones atinentes a la medida acordada, que la sentencia (como la norma) no concreta pero en las que en modo alguno puede entrarse en esta sede casacional.”

La sentencia plantea dos cuestiones de interés en lo que constituye la interpretación del artículo 81.4 CDFA.

La primera de ellas es la referente al contenido y finalidad de la atribución del uso de la vivienda al referir que la norma deja a la discrecionalidad del Juez la fijación del límite de uso, sin que la recurrente haya concretado las circunstancias familiares obviadas en la sentencia recurrida.

La segunda versa sobre el sentido y finalidad del propio acuerdo de venta. En este punto la sentencia destaca la irrelevancia de acordar la venta después de rebasado el límite temporal –de dos años en el caso allí enjuiciado-.

La práctica está consagrando la distinción entre los supuestos en que la decisión sobre la venta se produce en una ruptura de convivencia de dos personas que no están unidas por vínculo matrimonial, de los casos en los que existe dicho vínculo y se acuerda la disolución del matrimonio por divorcio.

En el primer supuesto se suele fijar un plazo máximo de atribución temporal y se acuerda la venta posterior del bien indicando que cualquiera de los copropietarios, en defecto de acuerdo, podrá promover la acción de división correspondiente, ante la jurisdicción ordinaria, en un nuevo procedimiento. En el segundo caso, si existe vínculo matrimonial, el límite temporal se anuda normalmente a la liquidación del régimen económico matrimonial, fijando a veces un plazo máximo de uso pasado el cual se procederá a la venta, aunque todavía no se haya liquidado el consorcio.

Respecto a la forma de llevar a efecto la venta de la vivienda acordada en sentencia, no es infrecuente que las partes convengan o la sentencia judicial acuerde –sentencia de 5 de septiembre de 2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de



Zaragoza- la fijación de común acuerdo del precio por el que debe ser vendido el inmueble, o en defecto de acuerdo, por el precio medio de mercado calculado por uno o dos peritos agentes de la propiedad inmobiliario –uno por cada parte-.

Si no hay acuerdo para la enajenación de la vivienda cualquiera de los interesados podrá promover el procedimiento de división, en el que si es necesario acudir a la venta en pública subasta, habrá que tener presentes las singularidades que tiene la realización de estos bienes respecto a las reglas que rigen los apremios regulados en la Ley procesal<sup>55</sup>.

Respecto al reparto final del precio que se obtenga por la venta de la vivienda, habrá que tener presentes las normas sobre disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, si los progenitores se encuentran sujetos a un régimen de comunidad de bienes.

Además de la sentencia citada del TSJA, en otras resoluciones judiciales se han analizado las siguientes cuestiones:

**- El acuerdo de venta solo debe adoptarse si resulta necesaria para una adecuadas relaciones familiares:** “El art.81.4 del Código de Derecho Foral no impone al Juzgador la obligación estricta de acordar su venta de la vivienda familiar, en tanto en cuanto impone como limitación considerar si la misma resulta necesaria para unas adecuadas relaciones familiares, todo lo cual, en cualquier caso, ha de ponerse, forzosamente, en relación con lo previsto en los apartados 1, 2 y 3 del citado precepto, que admite la posibilidad de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, en los términos previstos en tales apartados y siempre con un límite temporal que, en ausencia de acuerdo, deberá ser fijado por el Juez, atendiendo a las circunstancias concretas de cada familia. Dicho esto, la Sala considera que, dadas las circunstancias que rodean el caso concreto y en

55. Así, el edicto de subasta de bienes inmuebles para la división de cosa común podría incluir las siguientes reglas a fin de aclarar las singularidades de esta clase de venta judicial:

- 1.- Anuncio de una venta en pública subasta para la división de cosa común.
- 2.- Los condueños:
  - 2.1 A los efectos de interpretar las normas procesales que regulan la subasta de inmuebles, los condueños tendrán la consideración de ejecutantes y ejecutados.
  - 2.2 Estarán exentos del deber de depósito previo.
  - 2.3 Aunque pujen con los restantes postores por la totalidad del bien, sólo deberán luego depositar, si se aprueba a su favor el remate, el porcentaje del valor de la finca que no les pertenezca.
  - 2.4 Los condueños podrán pujar en la subasta aunque no existan más licitadores.
  - 2.5 Podrán ceder el remate a terceros.
- 3.- Las costas de la ejecución se causan en beneficio de todos los condueños.
- 4.- Cuando la mejor postura ofrecida en la subasta sea inferior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiese salido a subasta, podrá cualquier condueño, en el plazo de diez días, presentar tercero que mejore la subasta o bien pedir la adjudicación del inmueble para sí mismo, siempre que, en ambos casos, se ofrezca una cantidad superior al 70 por 100 del valor de tasación. Si hubiese varios interesados, será preferido el que ofrezca un importe superior por el inmueble.
- 5.- Cuando ninguno de los condueños haga uso de esta facultad, se aprobará el remate en favor del mejor postor siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por 100 del valor de tasación.
- 6.- Si la subasta resultara desierta, cualquiera de los condueños podrá pedir la adjudicación de los bienes por el 50 por ciento del valor de tasación. Si hubiese más de un interesado será preferido el que ofrezca un importe superior.
- 7.- Quien resulte adjudicatario del bien inmueble habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, y subrogarse en la responsabilidad derivada de ellos.
- 8.- Si la mejor postura no cumpliera estos requisitos, el Tribunal, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso.

especial la edad de los menores, la venta de la vivienda en nada contribuiría a unas adecuadas relaciones familiares, resultando, además una medida contraria al interés de los propios hijos. –SAPZ, Sección 2ª, de 20 de abril de 2012-.

- **La necesidad que permite la venta de la vivienda conforme al artículo 7.4 de la Ley de Igualdad (art. 81.4 del Código aragonés) “no es la económica de alguno de los progenitores” y tampoco se advierte que concurra en el caso concreto enjuiciado la necesidad de venta para unas adecuadas relaciones familiares.** –SAPZ, Sección 2ª, de 18 de julio de 2011-.

- Es ya una práctica constante la fijación de una **limitación temporal** en cumplimiento del artículo 81.3 del Código aragonés, en ocasiones vinculada a la posterior venta del inmueble:

- Guarda y custodia compartida y limitación de uso a favor de la madre de seis meses desde la fecha de la sentencia de primera instancia, con posterior puesta a la venta –este fue el plazo fijado en las dos instancias y se mantuvo en casación en la STSJA de 6 de junio de 2012-.
- Guarda y custodia de las menores a la madre, y atribución a la madre del uso del domicilio familiar por un máximo de cinco años desde la fecha de la sentencia de primera instancia –SAPZ, Sección 2ª, de 14 de junio de 2012-.
- Guarda y custodia compartida, se atribuye el domicilio familiar a la demandada con un plazo limitado de 8 años desde la Sentencia recaída en 1ª. Instancia –SAPZ, Sección 2ª, de 30 de marzo de 2012-.
- Guarda y custodia de la hija menor a la madre, y atribución a dicha progenitora del uso de la vivienda familiar hasta el momento de la efectiva liquidación del consorcio y reparto de bienes que lo integran, pero si transcurren más de dos años sin la liquidación efectiva, se acuerda que el piso se ponga a la venta pasados esos dos años –SAPZ, Sección 2ª, de 21 de junio de 2011-.
- Guarda y custodia individual, limitación del uso por seis años –SAPZ, Sección 2ª, de 17 de enero de 2012-.
- Guarda y custodia individual, limitación del uso hasta el mes en que el hijo cumpla los 22 años, salvo que antes haya alcanzado su independencia económica –SAPZ, Sección 2ª, de 19 de abril de 2011-.
- Guarda y custodia a la madre, limitación hasta que se lleven a cabo las obras necesarias para individualizar los dos apartamentos de los que se compone dicha vivienda –SAPH de 31 de mayo de 2012-.
- Guarda y custodia a la madre, limitación del uso hasta que el hijo cumpla 23 años, edad que “es la que usualmente se alcanza cuando se realizan estudios superiores, y es casi seguro que hasta esa edad dependerá económicamente de sus progenitores” –SAPH de 15 de diciembre de 2011-.
- Guarda y custodia al padre, limitación del uso de la vivienda hasta que “se independicen abandonando el mismo o cuando adquieran suficiente

independencia económica de sus padres como para poder procurarse un domicilio propio, ya que en las actuales circunstancias sociales el hecho de alcanzar la mayoría de edad no supone el alcanzar una independencia que permita a los jóvenes, máxime en los supuestos en que se encuentran en periodo de formación académica, vivir de manera independiente sin necesidad de la ayuda y protección de sus progenitores, lo que necesariamente conlleva a que, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el presente caso, tal como impone el artículo 81.3 del Código Foral de Aragón, el límite temporal quede fijado hasta que los hijos alcancen esa independencia de sus padres –SAPT de 28 de marzo de 2012-.

- Guarda y custodia a la madre, limitación del uso “debe quedar fijado en el momento cuando la hija se independice o cuando se modifique, en su caso, el régimen sobre su guarda y custodia motivo éste en que se podrá volver a analizar las circunstancias nuevas a los efectos de una modificación de esta medida.” –SAPT de 8 de marzo de 2012-.

- **Solicitud de despacho de ejecución:** Se han planteado diferentes peticiones de ejecución:

De desalojo de la vivienda tras la finalización del plazo de atribución del uso, en una vivienda en copropiedad ordinaria, o en vivienda común sin que se haya liquidado el régimen económico matrimonial: la APZ ha entendido que el desalojo de la vivienda excede del contenido del título ejecutivo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 551 LEC, no debiendo confundirse el derecho de uso fijado en la resolución judicial firme, por plazo determinado, con el derecho de cualquier propietario a usar de los bienes que le pertenecen, que no puede ser vulnerado, y sin que ello implique limitación del derecho de propiedad del apelado, que tiene a su disposición los derechos previstos legalmente, los cuales podrá ejercitar en la vía oportuna (en el caso allí analizado, en la demanda de ejecución se solicitó también la venta en pública subasta, petición que fue denegada quedando firme dicho pronunciamiento) –AAPZ, Sección Segunda, de 21 de febrero de 2012, nº 85/2012-. En el AAPZ, Sección Segunda, de 18 de septiembre de 2012, nº 462/2012, se afirma que siendo la vivienda propiedad de ambos litigantes, los dos gozan de los mismos derechos y obligaciones sobre aquella inherentes a tal titularidad, por lo que la pretensión de desalojo de un copropietario excede del contenido del título ejecutivo, así como la entrega de las llaves de acceso. Y en el AAPZ, Sección Segunda, de 19 de abril de 2011, nº 227/2011, se argumenta que la vivienda ha sido incluida en el activo de la sociedad conyugal, de manera que ambas partes gozan de los mismos derechos y obligaciones sobre la misma inherentes a tal titularidad.

Aspectos destacados en el examen de las sentencias de primera instancia de los tres Juzgados de Familia de Zaragoza<sup>56</sup>:

56. La preparación junto con el abogado Manuel Ferrer Andrés de una segunda ponencia para este Foro (“Dos años de custodia compartida en Aragón”) nos ha llevado a consultar todas las sentencias de primera instancia de los dos primeros años de aplicación de la Ley, de las cuales hemos extraído datos de interés al analizar los pactos de relaciones familiares presentados a aprobación por el Juzgado.

- **La limitación temporal de la atribución:** son muy frecuentes, en los pactos de relaciones familiares, los acuerdos referentes a la limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar. La fijación del tiempo máximo de uso se realiza, bien por el tiempo que transcurra hasta la venta de la vivienda, bien por periodos de tiempo –meses o, más frecuentemente, años- que corresponden a supuestos en los que resulta más o menos urgente la venta de la vivienda por estar pendiente el pago de una parte importante del precio de adquisición de la misma, o bien vinculando el uso a la finalización de los estudios de los hijos, o su incorporación al mercado laboral, o la emancipación de los hijos, o su independencia económica, o la independencia “personal, económica y familiar” de los hijos, o tengan medios propios, o hasta su mayoría de edad, o mientras convivan con la madre, o estén bajo su guarda y custodia, o hasta la extinción del derecho de alimentos de los hijos, o mientras necesiten ese domicilio, y con frecuencia, vinculando también la conclusión del uso al cumplimiento de la edad de 18, 20, 22, 23, 25, 26, o 28 años de los hijos, o vinculando la posibilidad de prorrogar la ocupación de la vivienda a la acreditación de que el hijo continúa sus estudios “con provecho relevante”. También se estipula en ocasiones, como causa de extinción de la atribución del uso, la convivencia marital con un tercero del que disfruta del derecho.

- **Pactos referentes a la división material y a la atribución del uso a los menores:**- División de la vivienda familiar para independizar dos plantas a fin de que las ocupen cada uno de los progenitores.

- Muy aisladamente hemos visto alguna custodia compartida con pacto en el que los hijos mantienen el uso de la vivienda y los progenitores se alternan en el mismo. Las dificultades de coordinarse, haya o no nuevas parejas, parecen obvias, por más que pueda ser el régimen ideal para los hijos al no tener que efectuar cambios de residencia. Tiene, además, un coste económico elevado porque presupone la posibilidad de disposición de tres viviendas.

- En un caso extremo, el pacto consiste en continuar los cónyuges divorciados junto con los hijos en la misma vivienda, con el compromiso de los padres de no introducir a un tercero en la vivienda.

- **Respecto al pacto o acuerdo judicial de venta de la vivienda:**

- En ocasiones se acuerda la venta en una determinada fecha, se fija un precio para la misma, con disposiciones sobre la persona o entidad que la pondrá a la venta, y en previsión de no encontrar comprador por la cantidad inicialmente fijada, se estipulan rebajas del importe cada dos meses, a fin de facilitar la efectiva enajenación del bien.

- En los **procesos con oposición**, las sentencias dictadas en la primera instancia señalan en muchas ocasiones un límite temporal de uso, normalmente en años, y que opera directamente, sin necesidad de ejercitar una acción posterior de modificación de medidas. También se observan supuestos en los que se establece un concreto plazo de uso, disponiendo la sentencia que una vez vencido se podrá

instar demanda de modificación de medidas definitivas para evaluar la prórroga del uso o el nuevo destino de la vivienda. De esta manera, en realidad se difiere a un procedimiento posterior la efectividad de la limitación.





**ALGUNAS IDEAS PROCESALES Y SUSTANTIVAS DE LAS SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA DE ZARAGOZA, EN LOS DOS PRIMEROS AÑOS DE PREFERENCIA EN LA CUSTODIA COMPARTIDA**

D. MANUEL FERRER ANDRÉS

Abogado

Mi agradecimiento para las Entidades organizadoras, Comisión de Coordinación y Secretaría Técnica, por haberme invitado a participar en este Foro de Derecho Aragonés, de tanta raigambre ya. También mi reconocimiento para toda la asistencia y, muy especialmente, a mis compañeros de mesa por su apoyo y motivación, así como para los Juzgados de Familia, de Violencia sobre la Mujer y Decanato de Zaragoza por habernos facilitado cuanta información hemos precisado.

Voy a analizar algunas cuestiones procesales y sustantivas sobre la custodia compartida, fundamentalmente desde el punto de vista práctico, surgidas muchas de ellas a partir del examen de las sentencias dictadas por los tres Juzgados de Familia de Zaragoza, durante los dos primeros años de vigencia de la custodia compartida como régimen preferente (8-9-2010 a 7-9-2012).

**SUMARIO:** I.- PRECEPTOS PROCESALES Y SUSTANTIVOS EN EL CDFA. II.- GRAN DIVULGACIÓN DEL DERECHO ARAGONÉS, AUNQUE TODAVÍA INSUFICIENTE. III.- LA LITERAL EXIGENCIA DE RUPTURA DE LA CONVIVENCIA. IV.- LOS PACTOS DE RELACIONES FAMILIARES Y SUS VENTAJAS. 1. Contenido. 2. Regímenes de custodia que no se habrían obtenido en procedimientos contenciosos. V.- FORMA DE LOS PLANES DE RELACIONES FAMILIARES. VI.- LA DIFUSA FRONTERA ENTRE CUSTODIA COMPARTIDA E INDIVIDUAL. VII.- OTRAS CUESTIONES PROCESALES AL HILO DE LAS SENTENCIAS REVISADAS. VIII.- CONCLUSIONES.

## I.- PRECEPTOS PROCESALES Y SUSTANTIVOS EN EL CDFA.

El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (CDFA) contiene normas básicamente sustantivas, pero también procesales. Más allá de si es conveniente o no mezclar preceptos de una y otra índole, la competencia de Aragón para dictar normativa procesal está fuera de toda duda:

- El artículo 149, 6ª, de la Constitución señala que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.

- Y el art. 71.3 del Estatuto de Autonomía de Aragón, modificado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (EAAr.), recoge entre las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma de Aragón el Derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés. La ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa es el mejor ejemplo.

En nuestro Derecho histórico tampoco es tan extraña la coexistencia de derecho sustantivo y procesal, dado que como señala Jesús Delgado Echeverría «*los «Fueros de Aragón» (Huesca, 1247) contienen la totalidad del ordenamiento judicial, es decir, las normas de procedimiento y las sustantivas o de fondo que los jueces han de tener en cuenta al juzgar tanto pleitos civiles como penales*»<sup>1</sup>.

En todo caso, en materia de Derecho de Familia en general igualmente se mezclan preceptos procesales y sustantivos, como por ej. en el art. 91 y ss. del Código Civil.

## II.- GRAN DIVULGACIÓN DEL DERECHO ARAGONÉS, AUNQUE TODAVÍA INSUFICIENTE.

La regulación de la custodia compartida en el Derecho de Aragón ha tenido mucha difusión a nivel nacional, al haber sido la primera Comunidad Autónoma en establecer de forma preferente la custodia compartida, si bien todavía debe ser más divulgado, empezando como vamos a ver por los propios aragoneses.

En el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de abril de 2012, núm. 80, aparece una Proposición no de Ley, de UpyD en la que *“insta al Gobierno a que en el plazo máximo de seis meses impulse las reformas legales necesarias a fin de aprobar una Ley Nacional de Custodia Compartida que, modificando el artículo 92 del Código Civil y cuantos otros fueren necesarios, armonice la regulación legal de la materia en el conjunto de España mediante una nueva normativa cuyo núcleo sería la determinación de la custodia compartida de los menores como modelo preferente en los procedimientos de separación y divorcio”*. En la misma proposición se reproduce un párrafo entero

1. Manual de Derecho Civil Aragonés, 4ª edición, 2012, conforme al Código de Derecho Foral de Aragón, dirigida por el propio Jesús Delgado Echeverría y coordinado por Mª Ángeles Parra Lucán, pág. 42.

del Preámbulo de la Ley aragonesa 2/2010, su art. 6.2, y también se hace eco de la derogación formal de dicha norma y de su integración en el CDFA.

La profesora Margarita Castilla Barea, en su trabajo: *“Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”*, Revista Aranzadi Civil Doctrinal nº 7, pág. 107, señala comentando la integrada Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres: *“El «efecto dominó» de la promulgación de esta Ley, primera que en el territorio nacional instaura la custodia compartida como medida preferente frente a la individual en los casos de ruptura de los progenitores con hijos a cargo, no se ha hecho esperar: algunas Comunidades Autónomas que ya contemplaban previamente iniciativas en este sentido se han apresurado a acelerar sus procesos legislativos, otras se han decidido instar al Gobierno a que reforme en este punto el Código Civil (Juntas Anuales de Vizcaya) y, finalmente, el propio Senado ha enarbolado la bandera pro custodia compartida reclamando las reformas legislativas necesarias para hacer de dicho modelo de guarda el referente previo para los Jueces en las crisis familiares”*.

En la misma línea, el 14 de junio de 2012, el programa de la cadena de televisión “La 1”, de rtve, “Más gente”, de ámbito nacional, emitió un reportaje sobre la guarda y custodia compartida, decidiendo que las entrevistas se grabasen en Aragón, por ser pioneros en la materia.

Parece que todo ello viniese a confirmar al gran Joaquín Costa, cuando vino a decir que Aragón se define por el Derecho, no por la guerra, lo que lleva a la profesora Carmen Bayod López a señalar que tan proféticas palabras permiten afirmar que es el Derecho la esencia del ser aragonés.<sup>2</sup>

Sin embargo, por mucha difusión que nuestra normativa sobre la custodia esté teniendo a nivel nacional nos encontramos todavía con demandas huérfanas de plan de relaciones familiares, cuando debería haberse aportado, o peticiones infundadas sobre la patria potestad<sup>3</sup> cuando procede debatir sobre la autoridad familiar. También procedimientos de mutuo acuerdo con aportación de convenio regulador cuando procedía pacto de relaciones familiares y viceversa.

El tratamiento procesal de la falta de aportación del plan de relaciones familiares no está muy claro, aunque por los Juzgados especializados de familia de Aragón, que incomprensiblemente sólo son tres<sup>4</sup>, se tiende a requerir por el Secretario Judicial a la parte concediendo un plazo para subsanar y hacer aportación. También hay que decir que en alguna ocasión puntual dicho requerimiento es innecesario puesto que no resulta aplicable el Derecho aragonés al caso, debiendo entonces la parte presentar un escrito en el que se analicen los puntos de conexión para demostrar cuál es el Derecho aplicable, ya sea el Código Civil, el

---

2. Carmen Bayod López en “El amor y el Derecho civil aragonés”, lección inaugural para la apertura del Curso académico 2009-2010 de la Universidad de la Experiencia de Zaragoza, 7-10-2009.

3. El apotegma de las Observancias señala: “De consuetudine Regni non habemus patriam potestatem”.

4. Juzgados de 1ª Instancia números 5, 6 y 16 de Zaragoza.

propio de una Comunidad Autónoma o incluso uno extranjero.<sup>5</sup> Ahora bien, si no se ha producido ese requerimiento ante la falta de aportación del plan de relaciones familiares cuando es preceptivo, la contraparte deberá sopesar si recurre contra la admisión a trámite o se reserva para la vista la invocación del defecto, resaltando simultáneamente las ventajas del presentado por ella misma, en función de la estrategia procesal que prefiera seguir.<sup>6</sup>

Vuelve a aparecer la conveniencia de que se cree una Jurisdicción de Familia, como llevamos años reivindicando<sup>7</sup>, porque lo lógico es que los Secretarios Judiciales de los Juzgados de Familia especializados estén más habituados a discernir si se ha de aportar o no plan de relaciones familiares, que los Secretarios Judiciales de Juzgados mixtos en los que se tramiten asuntos civiles y penales. Evidentemente, los hijos –también los padres– tienen el mismo derecho a que su caso sea tramitado con el mayor rigor, independientemente de si viven en un lugar con Juzgado especializado o no.

En cuanto a la confusión entre convenio regulador y pacto de relaciones familiares, hay que empezar por analizar los puntos de conexión que lleven al derecho aplicable. El art. 9.4 del Código Civil, por remisión del art. 16 del mismo cuerpo legal, indica que será aplicable la ley personal del hijo al carácter y contenido de la filiación y a las relaciones paterno-filiales. Si no hay hijos no resulta de aplicación el contenido de los artículos 75 a 84 del CDFA, que componen la Sección 3ª del Capítulo II del Título II, llevando como rúbrica dicha Sección “Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo”, de tal modo que por ej. no hablaremos de asignación compensatoria sino de pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil, firmando un convenio regulador y no un pacto de relaciones familiares, sean o no aragoneses los cónyuges.

---

5. Por más que pueda parecer intrascendente en un procedimiento de mutuo acuerdo, no conviene dilatar innecesariamente la fecha de ratificación por el riesgo de que los interesados puedan echarse atrás, y más si la demanda se interpone en el mes de julio y el retraso supone posponer a septiembre la fecha de ratificación, lo que apuntamos en la creencia de que agosto seguirá siendo inhábil.

6. En la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de convivencia de los padres, de la Comunidad Foral de Navarra no hay un documento equivalente al PRF, aunque sí dispone en el artículo 3.3 que el Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta la solicitud que haya presentado cada uno de los padres, pudiendo entenderse que dicha solicitud habrá de ser lo más fundada posible para el punto de vista de quien solicite determinada modalidad de custodia, de tal forma que habría cierto paralelismo con el PRF. La Ley Valenciana 15/2011 sí exige una propuesta de pacto de convivencia familiar a cada uno de los progenitores para adoptar medidas judiciales. Y la Ley Catalana 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, requiere en su artículo 233-9 un plan de parentalidad a proponer por cada uno de los progenitores.

7. Por ej. desde la Asociación Española de Abogados de Familia, a la que pertenezco. En el año 2004, hubo dos Proposiciones de Ley para la creación de la jurisdicción de familia, una de Convergencia i Unió y otra del Grupo Popular, publicadas respectivamente en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23-4-2004 y de 11-6-2004. Pero como mínimo, deberían haberse creado ya Juzgados de Familia como órganos judiciales especializados en toda España, siendo inaudito que desde el Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, que asignó funciones de Juzgados de Familia a Juzgados de 1ª Instancia de determinadas capitales, no se hayan dado más que tímidos pasos como crear algún nuevo Juzgado, cuando los menores no residentes en capitales de provincia tienen derecho a que el órgano judicial que conoce de sus pleitos sea especializado, ostentando igual derecho sus progenitores. En todo caso, también es deseable la especialización de Fiscales en procedimientos de Familia, al igual que se crearon las Secciones de Menores, de Violencia sobre la Mujer, de Medio Ambiente y de Seguridad Vial, mediante Ley 24/2007, de 9 de octubre, que modificó la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.



Por otro lado, hemos visto sentencias con pactos de relaciones familiares entre ciudadanos extranjeros que han elegido el derecho aragonés, en virtud del art. 107 del Código Civil que declara aplicable la ley española en general, cuando se pida la separación o el divorcio por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, o que lo han entendido aplicable dentro de los distintos derechos vigentes en España, y quizá también por analogía con el art. 15 del mismo cuerpo legal, que permite al extranjero que adquiera la nacionalidad española optar por varias vecindades<sup>8</sup>. El hecho es que dichos pactos de relaciones familiares han sido homologados en sentencia.

Finalmente, hay casos en los que está especialmente claro que no cabe requerir para aportar pacto de relaciones familiares en lugar de convenio regulador, cuando por ejemplo el único hijo del matrimonio nació en Andalucía, los cónyuges son de vecindad civil andaluza y llevan muy poco tiempo viviendo en Aragón, hechos todos ellos detallados en la demanda. Y como existen asuntos así, la labor de los Secretarios Judiciales examinando una demanda, incluso de mutuo acuerdo o de uno con el consentimiento del otro, reviste mucha importancia.

Por tanto, el hecho de que a la mayoría de asuntos que se ventilan en Aragón resulte de aplicación el CDFA, no puede hacernos perder la perspectiva de que hay que analizar si el Derecho aragonés es verdaderamente aplicable, dado que hemos visto una sentencia desestimatoria de una petición de divorcio, estando además la parte demandada en rebeldía, por resultar aplicable un derecho extranjero en el que los meses de separación de hecho transcurridos no eran causa de divorcio.

En cualquier caso, en cuanto al ámbito de aplicación de los artículos 75 a 84 del CDFA, que abarcan el contenido de la refundida Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, no hay unanimidad doctrinal y excede del presente trabajo.

Evidentemente, la jurisprudencia es esencial para profundizar en el conocimiento del Derecho aragonés, debiendo tener presente que no toda emanará de tribunales radicados en Aragón, al establecer el art. 9.2 del EAAR: *“El Derecho Foral de Aragón tendrá eficacia personal y será de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial”*, en cuya virtud tribunales de otras Comunidades Autónomas pueden dictar resoluciones aplicando dicho Derecho, que sin embargo no podrán acceder a casación foral por mor de las normas de competencia funcional contenidas en los arts. 63 del EAAR y 73.1 de la LOPJ<sup>9</sup>. Igualmente, si la ley de conflicto admite la aplicación al caso de la normativa aragonesa, podrá un tribunal extranjero dictar resolución con arreglo a la misma.

---

8. Puede optar, al inscribir la adquisición de la nacionalidad, entre la correspondiente al lugar de residencia, la del lugar del nacimiento, la última vecindad de cualquiera de sus progenitores o adoptantes, y la del cónyuge.

9. Así lo pone de manifiesto Francisco de Asís González Campo en *“Nota procesal a propósito de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”*, publicado en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, XVI, 2010. En el mismo sentido se pronunciaron los magistrados del TSJA D<sup>3</sup>. Carmen Samanes Ara y D. Ignacio Martínez Lasierra en conferencia pronunciada en el R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza el 15-6-2012: *“El recurso de casación foral. Referencia a supuestos de custodia compartida”*.

### III.- LA LITERAL EXIGENCIA DE RUPTURA DE LA CONVIVENCIA.

Con el tenor literal de la Ley 2/2010, de 26 de mayo –integrada en el Código del Derecho Foral de Aragón–, denominada «de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres», se podría suscitar la duda de si es aplicable a los casos en los que nunca ha habido convivencia<sup>10</sup>, pudiendo pensar en supuestos de relación episódica, algunos de los cuales provocan que la filiación sea determinada judicialmente<sup>11</sup>. Mal que nos pese, quizá en ese sentido sea un poco más preciso el rótulo de la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, denominada «de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven».

De todos modos, también en Aragón, atendido el interés superior de los menores que se cita en el apartado 10 del Preámbulo del CDFFA, se aplicará esta legislación para los casos en los que no haya precedido convivencia en ningún momento, sin descartar que en algún procedimiento alguien excepcione un día su aplicación por no concurrir ruptura de convivencia.<sup>12</sup> Sería injustificado dispensar distinto tratamiento jurídico a unos hijos respecto de otros por el hecho de que haya habido o no ruptura de convivencia, o porque nunca haya habido tal convivencia. La propia Ley de Enjuiciamiento Civil, en los art. 769.3 y 770.6<sup>a</sup> se refiere a los hijos no matrimoniales abarcando a todos ellos<sup>13</sup>. Además el art. 56 del CDFFA consagra el principio de igualdad de los hijos: «*la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de la Ley*» precepto que tiene su origen en la Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho Civil de Aragón, que se adaptó a la no discriminación por razón de filiación de modo que no hubiese divergencia con el texto constitucional, como también había hecho el legislador estatal, con la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Luego, después de todo el camino recorrido, venir ahora a discriminar no ya por el hecho de que los padres estuviesen o no casados, sino por si mediase ruptura de convivencia o no, parecería un despropósito.

La ruptura de la convivencia sí es un factor fundamental para la asignación compensatoria, pero no tiene sentido que sea requisito para la atribución de la custodia o para fijar el pago de los gastos de asistencia a los hijos.

10. En el CDFFA, se cita la ruptura de la convivencia en la rúbrica de la Sección 3<sup>a</sup> del Capítulo II del Título II, y en los arts. 75.1, 75.2, 76.1, 76.3, 77.1, 79.1 y 82.1, sin contar la misma mención del art. 83 donde sí cobra pleno sentido por tratarse de la asignación compensatoria.

11. Y no se nos diga que las relaciones a que obedece la generación ya son convivencia, dado que en el Diccionario de la Real Academia el término convivencia significa: “Acción de convivir”, y convivir: “Vivir en compañía de otro u otros”.

12. En unos Autos de Filiación del año 2010 del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 2 de Calatayud, procedimiento en el que por la parte demandada se solicitaron Medidas Provisionales, se alcanzó un acuerdo con plan de relaciones familiares aportado, que fue homologado en Sentencia de 12-7-2011, es decir, vigente la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, resolución que declaró la filiación paterna de la menor y aprobó el pacto de relaciones familiares, habiéndose extinguido la convivencia mucho antes de nacer la menor.

13. En el mismo sentido, María-Ángeles Callizo López, en pág. 21 de su artículo “Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón”, Revista Aequalitas nº 30, enero-junio 2012.

## IV.- LOS PACTOS DE RELACIONES FAMILIARES Y SUS VENTAJAS.

### 1. Contenido.

No está fijado en el CDFA que la custodia compartida deba ser distribuida por periodos alternos iguales de tiempo<sup>14</sup>, si bien hay muchas sentencias que así lo contemplan, siendo diferentes los espacios temporales según los casos.

La modalidad de quincenas no conviene aplicarla literalmente puesto que, tomando periodos de 15 días, las entregas y devoluciones de los menores no siempre se producirían en fin de semana, no pareciendo tan conveniente cambiar la custodia a mitad de semana, en ocasiones en época de exámenes para los hijos, siendo más acertado contemplar periodos de 14 días con cambio en fin de semana. En el mismo sentido hemos visto planes de relaciones familiares que incluyen repartos de 3 y de 4 semanas consecutivas, en este último caso con preferencia a la distribución mensual. Resulta más entendible que no se precise tanto cuando se va a repartir por periodos de dos meses consecutivos, de trimestres o periodos más prolongados, aunque cabría establecer que el cambio se efectuase en el lunes o viernes más próximo al fin del trimestre, determinando por ejemplo que si coincide en miércoles fuese el viernes siguiente.

Leyendo algunos acuerdos se plantea la duda de si se habrá producido una no deseable negociación de tiempo con los hijos por dinero, es decir, se observan algunas pensiones alimenticias muy reducidas con custodias denominadas compartidas, pero que en realidad amplían un poco las visitas que hasta la entrada en vigor de la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, eran tradicionales.

Cuando la custodia es atribuida de forma individual a uno de los progenitores, la regulación del régimen de comunicación del progenitor no custodio con los menores no se limita siempre al establecimiento de las visitas que permitan el necesario contacto personal con los hijos, sino que en ocasiones se establece también un régimen de comunicación telefónica, fijando bandas horarias y forma de ejecución de las llamadas, incluso a veces con direcciones de correo electrónico de uno y otro progenitor en las que puedan comunicarse extremos relativos a los hijos. De este modo se agiliza la relación o comunicación en sentido amplio de los padres con los hijos, de una forma más completa que con la simple regulación de las visitas. Evidentemente, también cabe prever comunicaciones a través de dispositivos móviles de los propios hijos, lo que probablemente es más entendible a partir de determinadas edades.

Dentro de los términos de los pactos de relaciones familiares se presentan muchas disparidades, descendiendo muchos de ellos a detalles, siendo otros muy escuetos y –reconozcámoslo– empezando en muchos casos a estereotipar el contenido en gran medida, recogiendo solamente alguna especificidad del caso. Dicha práctica constituye una pérdida de oportunidades para regular cada situa-

14. Al contrario, en el apartado 10 del Preámbulo se indica que la custodia compartida no implica necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida.

ción concreta con medidas adaptadas al caso, necesariamente diferente de otros. Cuestión distinta es que para ese menester sea necesario invertir mucho tiempo con el justiciable por parte del abogado, hasta hacerle reflexionar en concretos puntos de la vida de sus hijos que merecen ser regulados específicamente, al margen de documentos tipo. Hay que analizar en profundidad las inclinaciones de los hijos, sus actividades extraescolares, los horarios y calendarios escolares y laborales, la distancia entre domicilios, el tipo de vivienda de uno y otro progenitor, las circunstancias económicas, etc.

En la lectura de los pactos de relaciones familiares otorgados conforme al artículo 77 del Código del Derecho Foral de Aragón, no son infrecuentes los que comienzan por la liquidación del consorcio conyugal y sólo tras ella, en los últimos párrafos del pacto, entran a regular los efectos personales relacionados con los hijos menores de edad. Si ética y estética deben ir unidas, en estos casos la apariencia deja mucho que desear.

Las negociaciones de los procedimientos de mutuo acuerdo dan salida a problemas que en un contencioso no la tendrían tan sencilla, como el supuesto visto en el que los meses de julio y agosto se reparten de modo fijo, sin rotar en años pares e impares, quizá porque así conviene ante las vacaciones laborales de los padres o por cualquier otro motivo legítimo. En el siguiente apartado veremos muchos más casos de pactos muy adaptados a las circunstancias concretas.

Hay unos cuantos acuerdos que atribuyen la custodia compartida por tramos horarios, seguramente en función de las agendas laborales de uno y otro progenitor, o quizá por la mayor facilidad para que uno apoye con los deberes escolares a los menores. Es decir, no se reparte por días alternos, sino por franjas horarias. No hay reglas generales, cada caso es diferente y cuando los progenitores acuerdan esa distribución será lo más conveniente para sus hijos, dentro de las posibilidades que pueden ofrecerles.

Ya hemos visto que hay algún caso de custodia compartida con alternancia diaria. En uno de los consultados, relativo a un menor de 8 años, los abogados consideraron necesario aclarar que el menor llevaba un año con ese régimen de custodia y que se encontraba bien adaptado a la misma.

Pactos como el que hemos encontrado de atribuir la custodia compartida a base de que los hijos estén con el padre de lunes a viernes para comer, fines de semana alternos hasta lunes, y vacaciones al 50%, reflejan las grandes posibilidades de adaptarse al caso concreto que brinda el actual marco normativo. Los progenitores que no saben buscar acuerdos adaptados a las circunstancias de sus hijos y de ellos mismos, deben saber que difícilmente en un procedimiento contencioso obtendrán un régimen –un auténtico “traje a medida”– como el que acabamos de reseñar.

## **2. Regímenes de custodia que no se habrían obtenido en procedimientos contenciosos.**

Descendiendo al contenido concreto de muchos acuerdos alcanzados, quizá podemos aspirar a que se vea cumplido lo que predicaba Lucio Anneo Séneca:

*“Largo es el camino de la enseñanza por medio de teorías; breve y eficaz por medio de ejemplos”.*

En un Pacto de Relaciones Familiares se distribuye la custodia compartida de modo que los hijos entre semana pernoctarán con la madre, mientras el padre los recogerá cada día a las 8:30 en el domicilio materno y los llevará al colegio; comerán con padre y madre por días alternos; el padre los recogerá a la salida del colegio y los llevará al domicilio materno a las 19:30. Nadie puede soñar con que este régimen tan elaborado, y con toda probabilidad adaptado a los horarios y posibilidades de ambos progenitores, hubiese podido ser obtenido en el ámbito de un procedimiento contencioso.

Tampoco cabe pensar que la solución pactada entre los progenitores habría sido ordenada en una sentencia dentro de un procedimiento contencioso en los supuestos analizados con las siguientes distribuciones de estancias, en las que si no se indica lo contrario hay reparto de fines de semana alternos y vacaciones escolares por mitad, entendiéndose por vacaciones estivales los meses de julio y agosto, con alguna salvedad que también se especifica<sup>15</sup>:

- Por tres días alternos con uno y otro en función de los turnos laborales del padre.
- Adaptado al calendario laboral del padre (aproximadamente por semanas).
- De lunes a jueves el hijo comerá diariamente con el padre y estará con él desde la salida del colegio hasta las 21 horas.
- Padre: de lunes a viernes de 17:50 cuando lo recogerá en la parada del autobús a 21 horas, que lo entrega a la madre cenado y bañado. Podrá la madre tenerlo una tarde entre semana y el padre una pernocta intersemanal.
- Régimen abierto ante los 15 años del hijo; en defecto de acuerdo de lunes a viernes el padre lo lleva al colegio y lo tiene consigo desde la salida del colegio (14 horas) a 20 horas.
- Las tardes intersemanales alternas entre ambos progenitores, con pernocta los jueves con el padre.
- Con la madre de lunes a jueves, y con el padre de jueves a la salida del colegio a sábado 16 horas; fines semana alternos de sábado 16 horas a lunes entrada. Es en función de los horarios laborales de ambos progenitores.
- Con el padre pernoctarán martes, jueves y domingos, con la madre lunes, miércoles y viernes. Los sábados con la abuela paterna.
- Se atribuye la custodia a la madre, con la condición de que fije domicilio en la provincia de Zaragoza.
- Pactan custodia compartida por semanas alternas, condicionado a que ambos vivan en Utebo. El incumplimiento de este punto por cualquiera de los progenitores dará lugar a la revisión inmediata de este acuerdo.

15. No se ha considerado de especial interés para el estudio precisar exactamente si se trataba de hijo/a, o hijos/as, por lo que la mención que aparece en cada caso es meramente indicativa.



- Vivirán habitualmente con la madre; el padre tendrá: visitas de lunes a viernes, posibilidad de un tercer fin de semana al mes con preaviso de 15 días. Vacaciones por mitad incluidos los días no lectivos de junio y septiembre.
- Menor con graves problemas que vive en una residencia: fines de semana alternos, y la mitad de Navidades y del mes que pasa fuera de la residencia con cada progenitor.
- Con el padre cada día desde la salida del colegio a las 20 horas, cuando lo recogerá la madre en el domicilio paterno.
- Se divide la semana en 3 periodos alternos con cada uno, lunes a miércoles, miércoles a viernes y viernes a lunes.
- Todos los festivos y fines de semana con el padre, salvo que tenga guardia.
- Como convengan con el hijo, dado que lo vienen haciendo así durante los cinco años de separación de hecho.
- Por semanas alternas: cuando la madre trabaje en turno de mañanas, las tardes y noches de martes y jueves con el padre, en las semanas que la madre trabaje de tardes el abuelo materno recogerá al niño en el colegio y lo llevará al domicilio paterno, donde lo recogerá la madre a las 22 horas. Vacaciones por mitades, incluidos días no lectivos de junio y septiembre.
- Padre: meses de abril, mayo, junio, noviembre y diciembre hasta el comienzo de las vacaciones de Navidad; madre: enero desde el fin de las vacaciones de Navidad, febrero, marzo, septiembre y octubre.
- Con el padre de jueves a la salida del colegio a viernes entrada y todos los fines de semana de viernes salida a lunes entrada. Vacaciones al 50% incluyendo los días no lectivos junio y septiembre.
- Noches lunes y martes con el padre, noches miércoles y jueves con la madre.
- Primera semana: ambos progenitores pasarán juntos la tarde del martes con la hija, desde la salida del colegio hasta las 20 horas. Con el padre de viernes a la salida del colegio a lunes a la entrada. Segunda semana: con el padre desde el miércoles a la salida colegio al viernes a la entrada colegio. Si por el trabajo destinan fuera a la madre, la hija vivirá entre semana con ella y todos los fines de semana con el padre.
- De lunes a viernes recogerá el padre al hijo en el domicilio materno por la mañana y lo llevará al colegio, reintegrándolo a las 19 horas al domicilio materno, salvo los miércoles de las semanas 2ª, 3ª y 4ª de cada mes, en las que el menor pernoctará en el domicilio paterno. El primer fin de semana de cada mes con el padre. En verano: los periodos no lectivos de junio y septiembre con el padre de 8:15 a 19 horas. El resto de las vacaciones al 50%.

- Vivirá la hija con el padre y su hermano mayor de edad, si bien la madre podrá acudir a dicho domicilio todos los días del año, sin fijar horario, salvo las vacaciones.
- De lunes a viernes con la madre, pero todas las tardes el padre trasladará al menor a las actividades extraescolares y lo reintegrará al domicilio materno.
- La hija vivirá con la madre, pero el padre la llevará cada día al colegio y la tendrá consigo dos tardes intersemanales, pudiendo pernoctar si preavisa.
- En función del trabajo en el extranjero del padre hasta 15 días máximo al mes con pernocta, sean días lectivos o no.
- Padre de 20:30 domingo a miércoles que la recogerá la madre del colegio y estará con ella hasta 10:30 sábado. La menor pernoctará con cada uno en sábados alternos.
- Con el padre: lunes, miércoles y viernes de salida colegio a 20:30 h., fines de semana alternos, 50% vacaciones, siempre con pernocta en casa materna.
- De lunes a viernes, desde las 9 a las 20:30 horas, con el padre.
- Van a compartir vivienda (separación, no divorcio) por lo que no fijan periodos. Si decidiesen vivir en distintos domicilios: por semanas alternas y 50% vacaciones. Si viviesen en distinto domicilio, cada uno alimentaría en su período.
- Custodia para los abuelos paternos en su país de origen.
- Vivirán con la madre, con el padre fines de semana alternos hasta lunes entrada colegio, más tres tardes entre semana y vacaciones por mitad, incluidos los días no lectivos de junio y septiembre.
- Vivirá la hija con el padre; si bien la madre de lunes a viernes, la recogerá del domicilio paterno y la llevará al colegio, comerá con ella, la devolverá al colegio donde la recogerá a la salida y la entregará al padre a las 19:30.
- Vivirán con la madre; con el padre de lunes a jueves desde la salida del colegio a 20 horas, fines de semana alternos, 50% vacaciones, incluidos días no lectivos de junio y septiembre.
- Jueves y viernes comerán con el padre, más fines de semana alternos y vacaciones por mitad, contemplando los días vacacionales de junio y septiembre.
- Por períodos alternos con uno y otro: de 1-9 a 15-11, de 16-11 a 31-1, de 1-2 a 20-4 y 21-4 a 30-6, adaptados al colegio privado con calendario escolar no usual, fines de semana alternos, 50% vacaciones.
- Con cada progenitor en periodos alternos de 21 días consecutivos, de viernes a viernes, incluidos fines de semana, con una hora de visita diaria para el otro.

- Hijos 8 y 12 años de edad: residencia habitual en el domicilio materno. Con el padre dos tardes entre semana, pudiendo en esos días pernoctar los hijos en el domicilio paterno; además podrán comer con el padre siempre que lo deseen.
- Hijos de 8 y 6 años, residirán con su madre. Con el padre dos tardes intersemanales, una desde la salida del colegio a las 23 horas y otra de 19 a 21 h., visitas que podrán tener lugar en domicilio materno. Padre dos fines de semana al mes, de viernes a la salida del colegio a domingo a las 10 horas (sic) y un tercer fin de semana, de viernes a la salida del colegio a domingo a las 21 horas. En vacaciones parecido régimen.
- Hijo de 14 años con el padre todos los días de 18 a 20 horas. Vacaciones al 50%. Nada dicen de fines de semana.
- Pernoctarán con la madre, quien los llevará al domicilio paterno, cada día, para que el padre los lleve al colegio y coma con ellos. Del colegio los recogerá el padre lunes y martes y los devolverá al domicilio materno a las 19 h., mientras la madre los recogerá del colegio miércoles y jueves.
- Con el padre de lunes a jueves desde la salida de la guardería (16 horas) a 21 h., devolviendo al menor cenado y aseado.
- Dormirán con la madre, el padre los recogerá todas las mañanas, las llevará al colegio y las devolverá al domicilio materno a las 19:30.  
Por otra parte, los siguientes acuerdos, quizá habrían podido ser objeto de un pronunciamiento judicial, si ambas partes hubiesen reconocido disponibilidad horaria para ello, pero tampoco habría sido seguro:
- De lunes a jueves con el padre, desde la salida del colegio a las 21:30 horas.
- El padre come con el hijo diariamente y también lo tiene desde la salida del colegio a las 21 horas, cuando lo recogerá la madre, con quien pernoctará.
- Con el padre una semana martes y jueves con pernocta, otra semana martes con pernocta y fin de semana.
- Compartida, con uno de 1 de febrero a 31 de julio y con el otro de 1 de agosto a 31 de enero. En vacaciones estivales siempre julio con uno y agosto con el otro, sin rotar.
- De lunes a viernes comerán con el padre. Con cada uno en fines de semana alternos hasta el lunes a la entrada del colegio. Vacaciones al 50%.
- Tres pactos de relaciones familiares en los que se alternan los padres en el uso de la vivienda, permaneciendo en la misma los hijos en todo momento.

Repasar en ocasiones la anterior relación de posibilidades puede darnos ideas ante negociaciones que aparentan estancarse por la distancia entre las posturas de una y otra parte. Y especialmente práctico será discurrir y crear a partir del análisis trabajoso del caso, y de aplicar imaginación e ingenio, hasta dar con la

propuesta que permita acercarse al acuerdo, así como prestar atención a nuevas fórmulas de reparto de estancias que irán apareciendo paulatinamente.

Queda claro también que en muchos casos el ingenio habrá partido de los propios interesados, no necesariamente de sus abogados, quienes sin embargo están obligados a prestar atención a los datos suministrados por sus clientes y a colaborar con ellos para construir el pacto de relaciones familiares mejor adaptado a las posibilidades.

#### V.- FORMA DE LOS PLANES DE RELACIONES FAMILIARES.

Cuando, pese a todas las ventajas de un procedimiento consensual, no es posible alcanzar un acuerdo y se tramita un procedimiento contencioso, el art. 80.2 del CDFA exige aportar un plan de relaciones familiares por cada progenitor, y la Disposición Adicional Segunda, apartado 3 indica *“La demanda y la reconvencción deberán ir acompañadas de un plan de relaciones familiares”*, lo que presenta problemas procesales dado que no hay una forma concreta exigida por la Ley, de modo que algunos abogados optan por aportar un documento independiente, junto con la demanda, en el que se realiza la propuesta y que puede ir o no firmado por el cliente. En algún caso he visto que ha firmado el abogado. Sin embargo no es obligatorio hacerlo así, de modo que en ocasiones el PRF se aporta como un hecho más dentro de la demanda, e incluso en el suplico.

Que no se exija literalmente por la Disposición Adicional analizada un plan de relaciones familiares con la contestación a la demanda sin reconvencción, no se compadece con la exigencia del mismo plan a cada progenitor por el art. 80.2, precepto que desde luego parece más aconsejable observar. Es decir, en toda contestación a la demanda, haya o no necesidad de reconvenir, es recomendable y seguramente obligatorio aportar un plan de relaciones familiares que recoja las propuestas que el progenitor en cuestión considere mejores para la descendencia.

Lo importante es resaltar bien la aportación para evitar innecesarios requerimientos del Secretario Judicial, como ha ocurrido en casos en los que el plan de relaciones familiares quedaba muy entremezclado en una prolija demanda. Los abogados no podemos quejarnos luego de los plazos judiciales si está en nuestra mano clarificar el procedimiento desde el principio.

Se puede dudar de si en los planes de relaciones familiares debemos distinguir entre visitas o estancias, o no es necesario. El art. 77.2.a) del CDFA señala que el pacto de relaciones familiares deberá concretar *«el régimen de convivencia o de visitas con los hijos»*, pareciendo anteponer dos regímenes distintos, y el art. 80 del mismo cuerpo legal indica que en los casos de custodia compartida se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos, mientras que en los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor. De acuerdo con la profesora Margarita Castilla Barea, la falta de referencia a los derechos de visita en los casos de custodia compartida quizá quiere enfatizar el diverso matiz que presenta la condición jurídica de los padres que ostentan dicho régimen de custodia, respecto a los que tienen

custodia individual, coincidiendo con dicha autora en que la supresión absoluta al posible derecho de visitas no es procedente, porque es posible que éste deba combinarse con el llamado «régimen de convivencia», en aquellos supuestos en el que los periodos de alternancia son amplios<sup>16</sup>. Entendemos que en los procedimientos consensuales lo importante es establecer de forma clara la distribución temporal de las estancias de los hijos con uno y otro progenitor, sin conceder excesiva importancia a la terminología, aunque algunos operadores jurídicos vean la expresión «derecho de visitas» como estigmatizante.

El plan de relaciones familiares en el que se pida la guarda y custodia compartida convendrá fundarlo cuanto se pueda en las circunstancias del caso concreto, sin estereotipar su contenido, tratando de argumentar las ventajas del reparto de tiempo con uno y otro progenitor y las razones que puedan sustentar la propuesta de determinados periodos temporales y no de otros. En todo caso entiendo que es conveniente presentar la opción preferida por el cliente como primera posibilidad, pero ofreciendo otras modalidades de reparto temporal. Es decir, si por ej. el cliente propone hacer un reparto de la custodia por meses alternos, parece buena estrategia procesal plantearlo así, justificando cuanto sea posible por qué se adapta bien al caso del menor o menores en juego, pero admitiendo que el justiciable acepta otro tipo de reparto si la prueba a practicar demostrase más conveniente distribuir las estancias por trimestres, semestres, o cualquier otro periodo, evitando así transmitir una idea de rigidez.

## VI.- LA DIFUSA FRONTERA ENTRE CUSTODIA COMPARTIDA E INDIVIDUAL.

En más de un procedimiento se ha terminado pactando una distribución de estancias, entre uno y otro progenitor, cuyo encaje en la no siempre necesaria clasificación entre custodia compartida e individual no es sencillo.

A la vista de todas las posibilidades existentes, a los abogados nos corresponde emplear cada vez más creatividad para proponer regímenes diferentes y adecuados a los menores de cada ruptura familiar. También a los Jueces, Fiscales y a los componentes de los gabinetes psicosociales, pero indudablemente en muchas ocasiones desde los despachos podemos servir ya la solución en un elaborado pacto de relaciones familiares.

Por los distintos pactos analizados, aparece en ocasiones que llamar custodia individual o compartida a determinados repartos de estancias de los hijos con uno y otro progenitor puede ser cuestión ideológica. En algunos países todo lo que rebase el 30% de estancia con un progenitor es custodia compartida, pero si denominarlo custodia individual con amplio régimen de visitas puede contribuir a que una de las partes admita suscribir un pacto de relaciones familiares y evitar un contencioso, quizá merezca la pena reflexionar sobre ello. Por cierto, ¿es obligatorio o no consignar en un pacto de relaciones familiares si la custodia es

16. Margarita Castilla Barea, en "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres", Revista Aranzadi Civil Doctrinal, pág. 125, nota a pie nº 51.



individual o compartida? Hemos visto una sentencia que homologa un pacto de relaciones familiares en el que se limitan a fijar los tiempos de estancia con uno y otro progenitor pero que no definen la custodia, ni como compartida ni como individual, probablemente pensando en no herir susceptibilidades. Sin embargo, en el marco de un procedimiento contencioso es imprescindible definir qué tipo de atribución de custodia se está efectuando. Y, tanto en procedimientos de mutuo acuerdo como en contenciosos, hay que fijar con claridad el resto de cuestiones relacionadas, como el uso de la vivienda o las aportaciones de alimentos.

Evidentemente, el móvil económico aparece en algunas de las posturas de los progenitores acerca de que la custodia sea compartida o individual, pero sería demasiado ideal no pensar que también ese aspecto preocupa a ambas partes. Siempre que no se anteponga al interés de los hijos, en muchos casos tampoco un progenitor podrá tachar al otro de preocuparle exclusivamente el dinero y él quedarse fuera de toda inquietud por el mismo tema.

Por otra parte, en los dos primeros años de vigencia de la custodia compartida como sistema preferente en Aragón se ha observado un incremento de los acuerdos en los que se ha ampliado considerablemente el régimen de visitas respecto del progenitor que ha asumido no tener la guarda y custodia, básicamente la noche del domingo al lunes y más visitas intersemanales, pero también ampliando las vacaciones estivales a los días no lectivos de junio y septiembre.

## **VII.- OTRAS CUESTIONES PROCESALES AL HILO DE LAS SENTENCIAS REVISADAS.**

Hemos detectado unos cuantos procedimientos con discrepancia acerca del régimen de custodia en los que, una vez recibidos los informes del gabinete psicosocial adscrito al Juzgado y de conocer el resultado de la audiencia o exploración de menores, se ha desistido en la postura de una de las partes, tanto de quien reclamaba la custodia compartida y ha cedido a una individual para la otra parte, con un régimen de visitas superior al que venía rigiendo como tipo hasta el 8 de septiembre de 2010, como por parte de quien defendía una custodia exclusiva a su favor y ha terminado por aceptar una compartida. Obviamente, se reconoce con tal proceder el relieve de las pruebas psicológica y social, debiendo señalar que la audiencia de menores mayores de 12 años es muy concluyente por sí misma en la mayoría de asuntos.

Preocupante resulta la duración de los procedimientos en materia de Familia desde la entrada en vigor de la derogada Ley 2/2010, que puede llevar a que se señale la vista principal de una separación o divorcio con hijos muchos meses después de presentada la demanda, fundamentalmente por la saturación de los gabinetes psicosociales adscritos a los Juzgados de Familia y su falta de medios personales. Con buen criterio, en algún procedimiento se ha optado por el juzgador por considerar innecesaria la prueba pericial psicosocial, a la vista de la concluyente postura de una hija de 15 años mostrada en la audiencia de menores, con el encomiable objetivo de reducir la duración del pleito. Es obvio que la nor-

mativa indicada ha provocado que las necesidades de los Juzgados de Familia se hayan incrementado mucho y deberían contar con más profesionales y, además, a plena dedicación.

Aunque no era el objeto de nuestro estudio, por falta de tiempo material, se van viendo algunos informes del gabinete psicosocial que, en contra de la práctica habitual, contienen discrepancias importantes entre la opinión de la psicóloga y la de la trabajadora social. Por otro lado, hay que señalar que en general las sentencias concuerdan con la opinión del gabinete cuando hay coincidencia entre una y otra profesional, en cuanto a si la custodia debe ser exclusiva o compartida, pero no así en el tipo de custodia compartida cuando es esa la recomendada por dicho gabinete. Entendemos que es una muestra más de lo recomendable que resulta alcanzar acuerdos entre las partes, dada la amplia discrecionalidad de que gozan tanto los psicólogos y trabajadores sociales, como los propios jueces, para optar por uno de los muchos sistemas de custodia compartida que hemos visto entre las sentencias de primera instancia analizadas, siendo preferible que sean los progenitores los que elijan el reparto de tiempos más conveniente para sus hijos a la vista de sus circunstancias de horarios de trabajo, distancia entre domicilios, deseos de los menores, etc.

En la misma línea del avance en la custodia compartida en Aragón que muestran las cifras ofrecidas, concuerdan otras leyes dictadas con posterioridad a nuestra Ley 2/2010, como la 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, o la Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres<sup>17</sup>, debiendo recordar que ambas normas se dictan antes de que la STC de 17-10-2012 (B.O.E. Núm. 274 de 14 de noviembre de 2012, Sec. TC., Pág. 152) declarase la inconstitucionalidad del término “favorable” en el art. 92.8 del C.C., resolución que a su vez va en la misma dirección de contemplar la custodia compartida como un régimen más, sin las restricciones que hasta entonces ofrecía dicho precepto. Otra cuestión es que la normativa aragonesa muestre más claramente la preferencia por la custodia compartida, aunque también la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, en cuyo art. 5.2 dispone: *“Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”*.

En bastantes sentencias que ordenan la custodia compartida se establece la contribución a los gastos de los hijos mediante cuenta bancaria común, donde se carguen todos los gastos susceptibles de domiciliación y de la que puedan disponer ambos para el pago de otros gastos, con aportaciones de uno y otro progenitor idénticas o no, en función de los recursos de cada uno. El principal problema es la gestión de la cuenta, debiendo cada progenitor justificar al otro, al menos mediante el correspondiente tique en defecto de factura, el destino de cada parti-

17. En el art. 3 da libertad al Juez para que acuerde la custodia compartida o individual, oído el Ministerio Fiscal –informe no vinculante– y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos.

da. Como siempre, la flexibilidad de uno y otro, especialmente ante desembolsos no cuantiosos, hará que el sistema funcione.

En muchos procedimientos consensuales el propio progenitor que ha salido de la vivienda familiar ha situado su nuevo domicilio en las proximidades, tratándose de un criterio que facilita mucho el ejercicio de la custodia compartida. En una de las sentencias analizadas, dictada en divorcio contencioso, se fija la custodia compartida por semestres alternos, con dos visitas intersemanales, además de fines de semana alternos y mitad de las vacaciones, efectuándose un pronunciamiento autónomo relativo a la esposa del siguiente tenor: *“para hacer efectiva la alternancia de periodos de custodia compartida deberá residir en un entorno cercano al domicilio paterno y escolar de la menor”*. Dicha resolución alcanzó firmeza al no ser recurrida por las partes.

Por otra parte, quizá la estadística analizada desmonte el tópico que entre algunas personas empezaba a crearse, y que venía a decir que las alternancias cortas de tiempo en la custodia compartida no serían convenientes. Las cifras lo desmienten, ante el elevado número de casos en los que se ha optado por custodia compartida por semanas alternas, debiendo pensar que si los períodos de alternancia son muy largos se obliga a hijos y padres a una separación por más tiempo del deseado, siendo insuficiente en esos casos contar con visitas intersemanales.

Además, el principio de no separación de hermanos no ha sido óbice para que en algunos casos se haya pactado la custodia repartida, entendiendo por tal la de atribuir la custodia de unos hijos a un progenitor y de otros al otro<sup>18</sup>, e incluso en algún asunto se acordó así en procedimiento contencioso.

Otra cuestión es que, en una de las resoluciones de primera instancia analizadas, tenemos ya un caso de *“arrepentimiento”* de la medida de custodia compartida inicialmente pactada. En concreto, un supuesto de custodia compartida acordada en 2011, con una modificación de esa custodia en 2012, también de mutuo acuerdo, para otorgarla ahora a la madre.

Por otro lado, hemos visto una Modificación de Medidas en la que la madre reclamaba la custodia compartida y se desestimó, con la particularidad que la madre tenía la custodia exclusiva y pedía que fuese compartida por meses, ante la falta de colaboración del padre. Esa postura procesal es de lo más inhabitual y, sin conocer los detalles del caso, podría llevarnos a pensar en que podría provocar un día problemas ante una hipotética intervención de los Servicios Sociales.

En un procedimiento contencioso no se atribuía la guarda y custodia a ninguno de los dos progenitores, promoviendo la demanda el padre desde la prisión y encontrándose la madre en rebeldía, acordándose poner en conocimiento de los Servicios Sociales la situación de posible desamparo.

Son unas cuantas las sentencias que atribuyen una guarda y custodia exclusiva, pero la declaran revisable transcurrido un determinado periodo de tiempo, concordando con el art. 79.5 del CDFIA, que establece: *“Las medidas aprobadas judi-*

---

18. Terminología orientativa, que puede ser diferente según las sentencias y los autores.

*cialmente podrán ser modificadas cuando concurran causas o circunstancias relevantes. En particular, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia Sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida”.*

En un procedimiento contencioso se atribuyó la guarda y custodia al padre pero expresamente declara no aplicable el Derecho Aragonés –el padre era extranjero–, observación que entendemos tampoco sobraría cuando el derecho aplicable sea el Código Civil o algún otro derecho propio de alguna Comunidad Autónoma, con la finalidad de clarificar después posibles vicisitudes, sea cual sea el territorio en el que puedan encontrarse los interesados en el futuro.

Una cuestión que no se ha visto muy afectada por el cambio legislativo que instauró la custodia compartida preferente es el relativo al acceso de ambos progenitores al centro escolar. Recordemos que cuanto afecte a la educación de los menores –también a la salud y a otros aspectos fundamentales– va ligado a la autoridad familiar y no a la custodia, de modo que siendo abrumadoramente mayoritaria la atribución de la autoridad familiar a ambos progenitores, tanto en custodias compartidas como en individuales, antes y después del 8-9-2010, uno y otro tendrán derecho a participar directamente en el proceso educativo de la común descendencia, con acceso al tutor escolar, a las calificaciones académicas, a ser convocados y asistir a reuniones de padres de alumnos o a elegir actividades extraescolares. Y los procedimientos para acceder a toda esa información por parte de un progenitor, cuando se ve afectado por la obstaculización del otro, siguen siendo tan complejos como antes, pudiendo requerir al centro escolar, con aportación en muchas ocasiones de la resolución judicial que estableció medidas, adoptadas o no de mutuo acuerdo. Sí puede haber alguna diferencia en cuanto a las recogidas de los niños adaptada a distribución de estancias muy variadas según el tipo de custodia compartida que se haya pactado, en cuanto a que el centro escolar podrá ver que cambia mucho la persona que recoge a los menores, lo que se puede solucionar comunicando al colegio la identidad de quienes van a buscar a los mismos, incluidos abuelos, tíos o allegados que recogen a los hijos en defecto de poderlo hacer los progenitores. Insisto, también con custodias individuales adaptadas al patrón que fue clásico durante décadas hay que especificar en ocasiones dichas identidades. En una u otra modalidad de custodia puede haber problemas si uno de los progenitores recoge a los niños cuando le corresponde al otro, ya sea por visita intersemanal o por período de distribución o alternancia en custodia compartida, si bien el centro escolar no podrá verificar cada día si el progenitor que acude un día determinado está privando al otro de su estancia con el menor: en todo caso será una acción entre progenitores. Lo más que se podrá pedir al colegio es que se asegure de que no sea un extraño quien se lleve a un niño, de modo de que si quien lo recoge es una persona cuya identidad ya se ha comunicado al centro anteriormente, éste habrá cumplido, por más que el progenitor a quien según la resolución judicial correspondía dicho día acuda cinco minutos más tarde. Será ya esperar mucha colaboración de dicho centro llevar la cuenta de si le corresponde en ese día concreto a uno u otro, además de

que se producen permutas de días entre los interesados, incluso en casos de mala relación, con lo que someteríamos a una misión muy ardua al centro escolar. No quiero decir con esto que no haya colegios que en casos puntuales se presten a tan complicada colaboración, pero serán los menos.

Por la extensión no podemos abordar ahora en profundidad otro tema que podría ayudar a encauzar divergencias en materia de estancias de los hijos con uno y otro progenitor, pero me permito dejarlo apuntado. Me refiero a la emancipación, toda vez que no basta con presumir de que en Aragón con 14 años de edad un menor puede emanciparse, en lugar de con 16 como en el Código Civil, para después apenas utilizar la figura en procedimientos de separación o divorcio con regímenes de visitas no deseados por los menores. El art. 30.2 del CDFa establece: *“El Juez podrá conceder la emancipación al menor mayor de catorce años si este la pide y previa audiencia de quienes ejerzan la autoridad familiar o la tutela:*

*a) Cuando quien ejerce la autoridad familiar contraiga nupcias o conviva maritalmente con persona que no sea también titular de la autoridad familiar sobre el menor.*

*b) Cuando quienes ejercen la autoridad familiar vivan separados.*

*c) Cuando concorra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la autoridad familiar.*

*d) Cuando el menor esté sujeto a tutela”.*

Luego, de cuatro casos dos guardan relación con las rupturas familiares, y el apartado c) seguramente resultará también de aplicación en muchos supuestos. Sin embargo, a la hora de la verdad apenas se tramitan emancipaciones para que un menor de entre 14 y 17 años evite que sus progenitores discutan por él en materia de custodia<sup>19</sup>. Un artículo publicado en “El DiarioVasco” el 10 de mayo de 2009, se tituló “Cerca de 200 menores se han emancipado de sus padres en el País Vasco desde 2005”, y subtituló «*los divorcios han dado lugar a que algunos adolescentes utilicen esta vía para poder elegir si se quedan con su padre, con su madre o con ninguno*». ¿Puede haber motivo más importante para pedir la emancipación que desear regular directamente las estancias con uno y otro progenitor? Debo confesar que de tres veces que lo he intentado, nos ha sido concedida la emancipación en un caso y denegado en dos, aunque en uno de ellos lo solucionó la Ilma. Audiencia Provincial de Zaragoza eliminando totalmente las visitas con el padre en Modificación de Medidas llevada casi en paralelo, pero estoy convencido de que es una vía por experimentar, siempre que estemos dispuestos a sufrir desde la entrada a reparto algunos comentarios de recelo a tramitar dichos procedimientos.

Finalmente, una pequeña referencia a la mediación, herramienta extraordinaria para resolver las discrepancias en cuanto a la guarda y custodia y, dentro de la compartida, para permitir que los progenitores terminen por establecer si van a distribuir la custodia por periodos más o menos amplios de tiempo, así

19. Consultada la oficina de reparto del Decanato de Zaragoza, con fecha 30 de agosto de 2012, nos indican que se registran como procedimientos de Jurisdicción Voluntaria, sin distinguir si son de emancipación o de otro tipo, de modo que no es posible extraer una estadística, pero están en condiciones de asegurar que son muy escasos los procedimientos de este tipo, quizá uno cada dos años en todo Zaragoza. El propio coponente D. Emilio Molins García-Atance nos dice que en 12 o 13 años que fue Juez de 1ª Instancia de Zaragoza no recuerda haber llevado un procedimiento de estas características.



como si va a ser una distribución de tiempos igualitarios o no. Otra cuestión es que se animen los interesados y el mediador o mediadora a entrar después en temas más técnicos, como la liquidación del consorcio foral, donde empezamos a observar que si el mediador o mediadora carece de formación jurídica, debería tener la cautela necesaria de advertir a las partes que los acuerdos a los que están llegando deben ser consultados a fondo con sus respectivos letrados, puesto que en una materia tan específica pueden llegar a pactos entre ellos que les van a crear inseguridad jurídica, cuando no problemas de tipo fiscal, al no igualar absolutamente el valor de los respectivos lotes que se adjudican. Una solución es que para esa fase de la mediación se acudiese a letrados, y además especializados en liquidaciones –como podrían ser contadores-partidores experimentados–, o bien reforzar las advertencias de que son pactos sujetos al parecer de los letrados. Y no es suficiente que los mediadores no juristas digan que ellos no entran nunca en los acuerdos y que se limitan a establecer canales de comunicación entre los interesados, para que protagonicen ellos el acuerdo, cuando siempre hay algún límite. El problema es que si los interesados acuerdan destinar el cuarto trastero a actividades ilícitas el mediador reaccionará rápidamente, pero si omiten un crédito de la sociedad conyugal contra uno de los cónyuges o no contemplan las ventajas o las repercusiones fiscales de un exceso de adjudicación, los respectivos abogados tendrán que emplearse a fondo para convencer a sus propios clientes que el acuerdo es defectuoso en esos puntos, que no están poniendo trabas al mismo y que simplemente intentan clarificarlo. Lamentablemente he vivido algo similar y el acuerdo se consiguió salvar pero con tensiones importantes entre letrados y clientes.

### VIII.- CONCLUSIONES.

En ocasiones, ciudadanos involucrados en un procedimiento de ruptura familiar invocan el bien de los hijos con demasiada ligereza, cuando en realidad sitúan derechos suyos –legítimos, indudablemente– por encima del favor filii. Nadie cuestiona el derecho de toda persona a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional, dado que así lo establece el art. 19 de la Constitución, pero en más de una ocasión se pasa por encima de los derechos de los hijos a mantener la necesaria fluidez de contacto con ambos progenitores, con sus amigos, con su colegio y con todo su entorno. Así, desde el verano de 2010, cuando ya estaba publicada la Ley 2/2010, con una *vacatio legis* de tres meses, he visto varios casos en los que la madre ha decidido trasladar su residencia –y la de sus hijos– fuera de Aragón, consistiendo el preaviso en dos de los supuestos en un burofax remitido en pleno mes de agosto. Así no hay custodia compartida.

De todos modos, cuantos estamos involucrados de una u otra forma con esta problemática, tendemos a erigirnos en supuestos concededores de qué actuaciones son acordes al interés de los hijos, cuando lo cierto es que hay hijos e hijas de matrimonios y parejas rotas, de 12 años de edad en adelante, que nos lo dirían perfectamente. Es más, si hubiésemos llamado a un hijo o hija de padres separados, de 13 o 14 años, nos habría podido leer hoy aquí unas cuantas quejas cuyos

destinatarios igual hubiésemos sido abogados, psicólogos, jueces, trabajadores sociales, padres y madres. Quizá pueda haber campo para un trabajo sociológico en ese sentido.

Por fortuna, en ocasiones se ha detectado por los Tribunales con nitidez esa falsa invocación del bien superior de los hijos, como en la SAPZ, Secc. 2ª, 443/2012, de 23 de julio<sup>20</sup>, ya citada por D. José-Antonio Serrano García en su trabajo, indicativa de que la actual normativa no puede servir de cobertura a un padre en cuyas alegaciones detecta una finalidad exclusivamente económica, conectada con el uso de la vivienda familiar y con el pago de la pensión al hijo menor.

Por otro lado, tanto con la ley 30/1981, de 7 de julio, como con la ley 15/2005 o con la actual regulación de los arts. 75 a 84 del CDFa, si el procedimiento se tramita y se desarrolla de mutuo acuerdo no hay problemas relevantes, mientras que en otro caso las complicaciones no cesan. La novedad de la repetida Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, a día de hoy integrada en el CDFa, fue mucha, pero no hasta el punto de permitir por vez primera establecer la custodia compartida, dado que incluso antes de la ley estatal 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, ya pactamos en alguna ocasión la custodia compartida, como en una Separación matrimonial del año 2001 del Juzgado de 1ª Instancia nº 16 de Zaragoza, procedimiento que aunque se tramitó de mutuo acuerdo intervinimos un abogado en representación de cada cónyuge, esforzándonos ambos en redactar una cláusula que pasase el tamiz del Ministerio Fiscal y del Juez, siendo la estipulación relativa a guarda y custodia del siguiente tenor:

*“TERCERA.- La guardia y custodia de las hijas se atribuye a ambos progenitores por igual, de acuerdo con cuanto se expresa seguidamente.*

*Las menores permanecerán por semanas alternas con cada progenitor, teniendo en cuenta que las niñas seguirán acudiendo al mismo centro escolar, concretamente, el colegio \*\*\*\*\*, sito en \*\*\*\*\* que dista \*\*\* metros del domicilio del esposo y \*\*\* metros del de la esposa, toda vez que la separación entre \*\*\*\* y \*\*\*\* es puramente nominal al llegar a determinada vía pública. Asimismo los padres y cuatro hermanos, todos mayores de edad, de la esposa viven en \*\*\*\*, en punto lindante con \*\*\*\*, no en el centro urbano, mientras que los padres y dos hermanas del esposo viven en \*\*\*\*, manteniendo todos los familiares nombrados excelente relación afectiva con las niñas, de modo que ambos cónyuges se apoyarán en sus respectivas familias, para que las menores estén perfectamente atendidas en todo momento en la medida necesaria y siempre sin incumplir su deber de guarda y custodia para con las niñas.*

*Ambos cónyuges reconocen que el régimen pactado es el mejor de los posibles, dado el interés de las hijas, que están plenamente integradas con uno y otro cónyuge, además de con las respectivas familias de los mismos, así como de las disponibilidades laborales de los padres.*

<sup>20</sup> (Id Cendoj: 50297370022012100335, El Derecho: EDJ 2012/183059)

*Dicho régimen de semanas alternas únicamente quedará interrumpido durante los periodos vacacionales de las niñas, que serán disfrutados por mitades por cada cónyuge.*

*En cualquier caso, ambos progenitores observarán una necesaria flexibilidad en la materia y tendrán en cuenta dicha circunstancia, siempre procurando el interés de las hijas”.*

En el mismo sentido STC, Sala Segunda, 4/2001, de 15 de enero de 2001, recurso de amparo 3966/97, promovido por la madre frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia que, en un litigio de separación matrimonial, dispuso ya entonces la guarda y custodia compartida del hijo común por meses alternos, pese a que ninguno de los dos cónyuges había solicitado esa modalidad, desestimando el recurso de amparo interpuesto por la madre, al considerar que la sentencia de segunda instancia modifica el régimen de guarda y custodia del hijo menor de manera motivada y en garantía del interés familiar.

Me preocupa mucho que cantidad de operadores jurídicos sigan declarándose partidarios o detractores de la custodia compartida. Con el debido respeto a toda opinión, me parece un desenfoque del tema y, como nos recuerdan los científicos, plantear bien un problema nos acerca mucho a su solución. Precisamente el análisis de la jurisprudencia que hemos llevado a cabo nos ha ilustrado de que es prácticamente imposible encontrar dos casos iguales, de forma que lo más apropiado es analizar exhaustivamente cada caso concreto, desde las necesidades de los hijos, su edad, sus hábitos, su entorno, las posibilidades de atención de uno y otro progenitor a los menores<sup>21</sup>, las familias extensas, los horarios laborales de los progenitores, sus calendarios de vacaciones, los recursos familiares, la opinión de los menores, entre otros muchos factores, y a partir de ahí tratar por todos los medios de alcanzar un acuerdo entre las partes, que además tenga vocación de futuro, empleando las debidas dosis de imaginación, y que salvo cambios verdaderamente sustanciales en las circunstancias no aboque a modificaciones de medidas. Si ese método parece apropiado, no es viable decantarse a priori por una modalidad u otra de atribución de custodia, sino que el tipo de custodia más conveniente vendrá dado por las circunstancias concurrentes, de modo que en unos casos será preferible una custodia compartida y en otros una individual, y dentro de la primera eligiendo una de las innumerables modalidades que existen, quizá una nunca pactada hasta entonces por sus peculiaridades.

Sintetizando, mi propuesta es que seamos partidarios de hacer dos cosas:

1) Analizar cada caso concreto muy detenidamente, invirtiendo cuantas horas sean necesarias, con el cliente, con el abogado de la otra parte, examinando documentación y cuanto sea preciso, teniendo en cuenta obviamente los factores del art. 80.2 del CDFFA<sup>22</sup>.

21. Más que la dedicación a los mismos anteriormente, según STSJA de 15-12-2012, casación 17/2011.

22. a) La edad de los hijos.

b) El arraigo social y familiar de los hijos.

c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.

d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.

e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.

f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

2) A la vista del supuesto, aplicar de forma simultánea los principios *standum est chartae*<sup>23</sup> y *favor filii*<sup>24</sup>.

Con tal proceder, en unos casos concluiremos que una custodia compartida es el régimen ideal y en otras será más apropiada una custodia individual, en todos los supuestos con el reparto de estancias con cada progenitor adecuado a las circunstancias concurrentes. A partir de ahí, habremos desterrado la dicotomía entre considerar favorable o desfavorable, a priori, un régimen de custodia u otro.

Quiero terminar con una observación para la propia abogacía, en el sentido de que si, en principio, podemos estar satisfechos al conocer que en Aragón en los años 2009, 2010 y 2011, estamos unos cinco puntos porcentuales por encima de la media española en separaciones y divorcios de mutuo acuerdo, no podemos caer en la autocomplacencia y en nuestra mano está tratar de que la curva de procedimientos consensuales crezca. Además de emplear los recursos descritos anteriormente debemos perder el miedo reverencial a quedarnos sin un cliente por el simple hecho de que le asesoremos con objetividad y no en función de lo que le gustaría escuchar. Debemos esforzarnos en transmitir a la clientela que la custodia compartida puede ser un sistema conveniente para los hijos en determinados casos y no serlo en otros, sabiendo hacer frente al propio cliente cuando claramente vemos que no dispone ni de los horarios laborales pertinentes, ni de la infraestructura como para acoger a sus hijos en determinados periodos de tiempo. Y por descontado no estableciendo a priori criterios favorables o contrarios a la figura de la custodia compartida, tratando de ser totalmente objetivos desde el punto de vista de los intereses de los hijos. Si un determinado cliente se encuentra con varios despachos consecutivos que le vienen a decir que su deseo es inviable, al final recapacitará y se llegará al siempre posible acuerdo.

---

23. Señala el profesor Delgado Echeverría en el Manual de Derecho Civil Aragonés, ob. cit., pág. 91, que “el apotegma *Standum est chartae*, en su sentido de primacía del pacto o disposición, como sinónimo o expresión del principio de “libertad civil” tal como lo entendió Joaquín COSTA, es el principio general más característico del Derecho aragonés”.

24. El interés superior de los hijos menores de edad o *favor minoris* se impone en valor supremo informador de todo nuestro ordenamiento jurídico, como en el art. 39.2 de la Constitución, art. 76.2 del CDFR, o en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en consonancia con los Tratados Resoluciones de las Organizaciones Internacionales, como la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), la Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE n° C 241, de 21 de Septiembre de 1992), o la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996.

**BIBLIOGRAFÍA.**

- CALLIZO LÓPEZ, MARÍA-ÁNGELES: "Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón". Revista Aequalitas nº 30, enero-junio 2012, págs. 19 a 33. (<http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesMujer/Destacados/Aequalitas%2030.pdf>)

- CASTILLA BAREA, MARGARITA: "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres". Revista Aranzadi Civil Doctrinal nº 7 – 2010, págs. 105 a 152. Trabajo incardinado en el Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación denominado "La nueva familia ante el Derecho público y privado", del que es investigadora principal la Dra. Matilde Cuenca Casas.

- CRUZ GALLARDO, BERNARDO: "La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales". Edit. La Ley, Madrid, mayo 2012.

- FORCADA MIRANDA, FRANCISCO JAVIER: "La nueva regulación de la custodia en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: custodia compartida, autoridad familiar, responsabilidad parental, traslado y sustracción de menores", en "Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés" (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 177-215.

- GONZÁLEZ CAMPO, FRANCISCO DE ASÍS: "Nota procesal a propósito de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres", en Revista de Derecho Civil Aragonés, XVI, 2010.

- IVARS RUIZ, JOAQUÍN. Guarda y custodia compartida: "Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia". Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2008.

- MANUAL DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón. Director Jesús Delgado Echeverría, coordinadora M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán. José-Antonio Serrano García, Carmen Bayod López, Alfredo Sánchez-Rubio García, Elena Bellod Fernández de Palencia, María Martínez Martínez, José-Luis Argudo Pérez, Aurora López Azcona. 4<sup>a</sup> edición. Zaragoza 2012.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS: "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 133- 176.

- MARTOS CALABRÚS, M<sup>a</sup> ANGUSTIAS: "La no separación de los hermanos en la crisis matrimonial o de pareja y en otras circunstancias", en Revista de Derecho de Familia nº 55, editorial Lex Nova, págs 27-41.