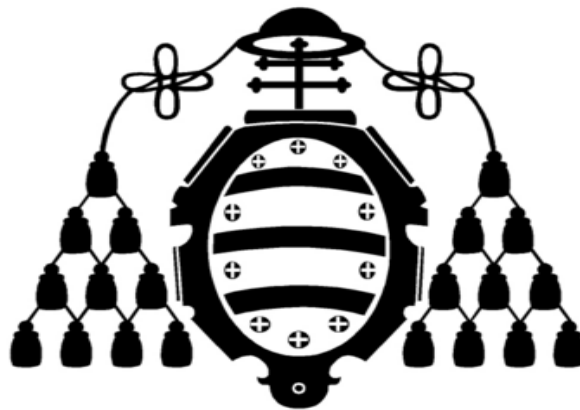


MÁSTER DE LA ABOGACÍA

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER:

La guarda y custodia compartida y su análisis práctico.



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

ALUMNA: GLORIA SÁNCHEZ MARTÍNEZ-JUNQUERA

TUTORA: CARMEN BAYLÓN MISIONÉ

CONVOCATORIA: ENERO-FEBRERO 2016

ÍNDICE

1.	Introducción.....	1
2.	Conceptos jurídicos.....	2
	2.1.- Patria potestad.....	3
	2.2.- Guarda y custodia.....	4
	2.3.- Atribución y ejercicio de la patria potestad y de la guarda y custodia...5	
3.	Regulación actual de la custodia compartida.....	7
	3.1.- Antecedentes.....	7
	3.2.- Normativa estatal.....	8
	3.3.- Normativa autonómica.....	10
	3.4.- Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental.....	11
4.	La guarda y custodia compartida: Concepto y Características.....	13
	4.1.- Concepto.....	13
	4.2.- Principios informadores.....	15
	4.3.- Modalidades.....	17
5.	Presupuestos de atribución de la custodia compartida.....	18
	5.1.- Presupuestos legales. El artículo 92 CC.....	18

5.2.- La doctrina del Tribunal Supremo.....	21
5.3.- El interés superior del menor.....	23
6. Causas de no atribución de la custodia compartida.....	24
7. Algunos aspectos procesales.....	26
7.1.- La modificación de medidas.....	26
7.2.- La actividad probatoria y fundamentación.....	26
8. Aplicación práctica.....	27
8.1.- Introducción.....	27
8.2.- Casos prácticos.....	28
8.2.1.- <i>Supuesto n° 1</i>	28
8.2.2.- <i>Supuesto n°2</i>	33
8.2.3.- <i>Supuesto n°3</i>	37
8.2.4.- <i>Supuesto n°4</i>	42
9. Conclusiones.....	46

ANEXOS

- I. Bibliografía.**
- II. Normas legales.**
- III. Jurisprudencia.**
- IV. Abreviaturas.**

1.- INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la figura de la guarda y custodia compartida, tratando de ahondar en los aspectos más relevantes que conforman tal régimen, especialmente en lo referente a su aplicación práctica.

La custodia de los hijos menores, tanto de los habidos en el seno de una relación matrimonial como los que son fruto de una relación de pareja sin vínculo jurídico, ni aún sin convivencia, constituye un asunto de suma importancia; de hecho, en caso de ruptura matrimonial, esta cuestión principal ha de quedar establecida en la sentencia que apruebe el convenio de mutuo acuerdo, o que recoja lo determinado por el Tribunal en cuanto a los efectos de aquella. Respecto a los hijos extramatrimoniales, esta decisión queda, en principio, en manos de los progenitores, aunque generalmente estos acuden a los Tribunales en busca de una resolución que establezca y fije las medidas respecto a la descendencia común, tales como la custodia y la contribución a los alimentos por parte de cada uno.

La relevancia de esta cuestión es tal que la protección de la familia, y en especial de los hijos, constituye el objeto del artículo 39¹, primero de los incluidos en los Principios rectores de la política social y económica de la Constitución Española de 1978, que, además, iguala a los hijos, con independencia de su filiación. Dentro de las obligaciones de asistencia a los hijos que proclama este artículo, se incluyen todos los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad, de la cual, la custodia es parte integrante.

La guarda y custodia y sus diversas modalidades ya ha sido objeto de multitud de estudios y análisis, referidos a diversos aspectos, tanto legislativos y jurisprudenciales, como sociales; no obstante, ello no resta interés a este asunto, que es de plena actualidad, ya que las nuevas realidades sociales han propiciado una rápida evolución a la cual el Derecho sustantivo trata de acomodarse, aunque no con la misma velocidad, de lo que

¹ Artículo 39 de la CE: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

deriva la gran importancia de la doctrina que, al respecto, sienta la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su labor de interpretación y unificación del Derecho.

Por todo ello, se ha elegido el tema de la guarda y custodia compartida como objeto de este trabajo, que pretende realizar un somero análisis de la aplicación en los Juzgados locales de esta figura, que si bien no es novedosa, aún resulta de reciente implantación en el ordenamiento español.

Para su elaboración se han tenido en cuenta la normativa aplicable, la jurisprudencia, así como diversos trabajos doctrinales, aunque la base del mismo es el análisis exhaustivo de supuestos reales seguidos en el despacho donde se han realizado las prácticas, con especial referencia a lo determinado al respecto por los Juzgados de Familia de Gijón y por la Audiencia Provincial, Sección 7ª, de Asturias.

2.- CONCEPTOS JURÍDICOS.

Antes de adentrarnos en el objeto de este estudio es necesario delimitar bien los conceptos de *patria potestad* y *guarda y custodia*, pues todo lo que se dirá a continuación tiene que ver con el ejercicio de las facultades y deberes inherentes a los mismos y por lo tanto con la regulación de las relaciones paterno-filiales. Nuestro ordenamiento hace distinción entre ambos conceptos, pero no aporta definición legal de ninguno de ellos, por lo cual, han de ser concretadas en función de su contenido.

En situaciones de convivencia normal de los progenitores, patria potestad y guarda y custodia se confunden y permanecen íntimamente ligadas², pero en caso de crisis en la pareja, tanto de ruptura de la convivencia familiar, como en el de no convivencia, se ponen de manifiesto las peculiaridades que presenta cada una, que adquieren entonces su máxima expresión³. De hecho, toda resolución judicial, en la cual deban establecerse

² L.F. RAGEL SÁNCHEZ, “La Guardia y Custodia de los Hijos”, *Derecho Privado y Constitución*, nº15, Enero-Diciembre 2001, pág.284-286.

³ J.P.GONZÁLEZ DEL POZO, “Custodia Versus Patria Potestad. Delimitación del contenido y funciones de una y otra”, *Boletín de Derecho de Familia, El Derecho*, nº93, Septiembre 2009.

El autor centra su exposición sobre los conflictos que acarrea la delimitación de funciones entre patria potestad y guarda y custodia cuando se produce la ruptura de la convivencia. Según Del Pozo, “*A causa de la disociación del ejercicio de la patria potestad y de la custodia y de la ausencia de una definición o*

medidas acerca de los hijos menores, contiene un pronunciamiento diferenciado acerca de una y otra.

2.1.- Patria potestad.

Esta institución se encuentra regulada en el artículo 154 del Código Civil, que se enmarca en el Capítulo I, Título VII (de las relaciones paterno filiales), en el que únicamente se determina quiénes son los sujetos activos y pasivos de la misma, cuál es el contenido de este derecho-deber y cómo debe de ejercerse.⁴

La doctrina y la jurisprudencia se han encargado de definir y delimitar esta institución, ante la falta de una definición legal, como el conjunto de facultades y deberes que corresponden a los padres para el cumplimiento de su función de asistencia, educación y cuidado de los hijos menores.

C. Lasarte⁵, la define en los siguientes términos: *“conjunto de deberes, atribuciones y derechos que los progenitores ostentan respecto de los hijos que, por ser menores de edad, se encuentran de forma natural bajo la guarda, protección y custodia de los padres”*. Por su parte, Juan Pablo González del Pozo⁶ define la patria potestad como una *“función tuitiva o protectora atribuida por la ley a los progenitores respecto de sus hijos*

noción legal precisa de la patria potestad y de la custodia como instituciones diferenciadas, para la resolución judicial de tales discrepancias entre los progenitores se hace necesario delimitar el contenido de una y otra para determinar qué decisiones deben adoptar de consuno ambos progenitores, como titulares del ejercicio conjunto de la patria potestad y cuáles puede tomar unilateralmente el que ostenta la guarda exclusiva del menor.”

⁴ Artículo 154 del CC: *“Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:
1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
2.º Representarlos y administrar sus bienes.
Si los hijos tuvieren suficiente madurez, deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.
Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.”*

⁵ C. LASARTE, *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil VI*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, 14ª Edición, pág. 346.

⁶ J.P. GONZÁLEZ DEL POZO, cit. pág. 3.

menores o incapacitados encaminada a garantizar a éstos el adecuado desarrollo de su persona en todos los órdenes...”.

El Tribunal Supremo la define así: *“la patria potestad es en el Derecho Moderno, (y concretamente en nuestro Derecho Positivo), una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño...”*⁷ Esta idea reiterada en numerosas Sentencias, puede considerarse jurisprudencia consolidada de nuestro Alto Tribunal, y por ende constituye doctrina del mismo.

De las anteriores definiciones se desprende que es pacífico considerar que esta institución es una “potestad”, en cuanto se trata de poderes que el ordenamiento jurídico concede o reconoce a los progenitores para que los ejerciten precisamente en beneficio de los hijos y no atendiendo a los propios intereses.

2.2.- Guarda y custodia.

A diferencia de la patria potestad, la institución de la guarda y custodia es un concepto jurídico indeterminado, ya que ningún precepto legal establece su contenido. Es más restringido que el de patria potestad, de hecho forma parte de la misma, como se desprende del punto 1º del artículo 154: *“...Tenerles en su compañía”*.⁸

Así lo expresa Juan Pablo del Pozo⁹, para el cual, *“la guarda y custodia no es más que la forma de ejercicio ordinario de la patria potestad por el progenitor que convive habitualmente con el menor.”* L. G. Ragel da un paso más y la define como *“situación de convivencia mantenida entre un menor o incapacitado y su progenitor o sus dos progenitores, que tiene por objeto el cuidado, educación y formación integral de aquel*

⁷ STS 415/2000, de 24 de abril, F.D.1º.

⁸ El artículo completo ha sido transcrito en la nota a pie de página nº 4, pág.3.

⁹ J.P. GONZÁLEZ DEL POZO, cit. pág. 3

por parte de éste o de éstos.”, introduciendo así aspectos más amplios que los meros cuidados físicos.¹⁰

2.3.- Atribución y ejercicio de la patria potestad y de la guarda y custodia.

En el presente, como ya se ha comentado, en situación de convivencia normal, se presume que ambos progenitores ejercen por igual la patria potestad de sus hijos, de la cual la guarda y custodia no es más que uno de sus aspectos. El problema se presenta cuando tiene lugar la crisis de la pareja, ya fueran convivientes o aun sin convivir. Generalmente, ambos continúan ostentando la patria potestad de los hijos, sin embargo, resultando materialmente imposible que los hijos permanezcan con ambos progenitores al mismo tiempo, es necesario atribuir la guarda y custodia a uno de ellos o a ambos conjuntamente, bien por convenio regulador, bien por decisión judicial. La determinación de con cuál de los progenitores convivirán los hijos implica no solo la intervención y la toma de decisiones en la vida cotidiana de los menores, sino que de ella también derivan aspectos de repercusión patrimonial, como la atribución del domicilio familiar o la cuantía de la pensión de alimentos.

Las partes afectadas por la atribución de la guarda y custodia son, por un lado, los progenitores, por otro los hijos menores. En cuanto a los primeros, en caso de que la atribución sea en exclusiva a un progenitor, el otro se puede ver excluido de gran parte de la vida de sus hijos, con las consecuencias negativas que ello supone para la relación paterno filial; teniendo en cuenta además, que el progenitor no custodio ha de seguir cumpliendo las obligaciones inherentes a la patria potestad.¹¹ Puesto que la custodia en exclusiva suele atribuirse a las madres (en especial si se trata de niños de corta edad), son los padres quienes sufren mayoritariamente las consecuencias de esa exclusión, ya que

¹⁰ L.F. RAGEL SÁNCHEZ, cit. pág.2 (pág.289).

¹¹ A. HERRANZ GONZÁLEZ, “Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida e interés del menor: novedades en torno a la futura Ley de Corresponsabilidad Parental”, *Revista de Derecho*, UNED, nº14, 2014, pág. 299: *“Si bien la ruptura de los progenitores en nada afecta al ejercicio de la patria potestad, que seguirá ejerciéndose conjuntamente por ambos salvo que la sentencia se pronuncie sobre la privación de la misma, la custodia de los hijos menores de edad y no emancipados sí se ve afectada por la crisis familiar, debiendo pronunciarse el Juez sobre la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía en caso de que los cónyuges no hayan llegado a un acuerdo al respecto, así como cuando dicho acuerdo no sea aprobado judicialmente.”*

un mero derecho de visitas no suple el trato diario con los hijos; por ello, la atribución de la guarda y custodia compartida entre ambos progenitores mitiga este problema.

La CE proclama la igualdad en varios de sus artículos¹², por lo que una atribución arbitraria de la guarda y custodia en exclusiva a uno de los progenitores estaría conculcando esos derechos respecto al no custodio. En el ámbito familiar, ese principio de igualdad se traduce en la asunción de las responsabilidades familiares por parte de ambos miembros de la pareja, especialmente en lo que se refiere a las relaciones paterno-filiales. Según el sentir actual, los padres desean participar activamente en la educación y crianza de sus hijos, no como meros pagadores de la pensión de alimentos, sino como verdaderos padres en toda la extensión de la palabra. Por otro lado, la incorporación de la mujer al mundo laboral, ha propiciado, que también para las madres, ésta sea la mejor opción, puesto que les permite compaginar el cuidado de los hijos con el trabajo fuera del hogar, compartiendo tiempos con el padre de sus hijos.¹³

En cuanto a los hijos menores, son quienes se ven directamente afectados por la decisión en uno u otro sentido. Según las corrientes de pensamiento más modernas, que se reflejan en todas las legislaciones actuales, al menos en las del mundo occidental, la idea que debe presidir cualquier decisión que afecte a los menores es la protección de sus derechos. De hecho, en el ordenamiento español, el interés de los menores es un bien superior y una cuestión de orden público¹⁴ por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, debiendo prevalecer por encima de cualquier otro derecho o interés, incluidos los de sus progenitores. Entre los intereses del menor se encuentran el de poder relacionarse con normalidad tanto con el padre como con la madre, así como el mantenimiento de un status lo más parecido posible al anterior a la crisis familiar; ambas cosas se facilitan cuando la custodia se atribuye de forma compartida a ambos progenitores.

¹² Artículos 1.1; 14; 32 y 39.2. Concretamente el artículo 39 ya ha sido transcrito en la nota a pie de página nº 1, pág.1.

¹³ En ese sentido se expresa A. HERRANZ GONZÁLEZ, cit. pág. 5, (pág. 298).

¹⁴ La STC 141/2000, de 29 mayo, en su FJ 5º, lo califica como "*estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional*" y "*norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos*". La misma STC en el FJ 5º, refiriéndose a las libertades y derechos de padres e hijos, establece que "*de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el «interés superior» de los menores de edad.*"

De todo lo anteriormente expuesto se deduce la trascendencia de la corriente social y legislativa actual en favor de la atribución conjunta de la guarda y custodia a ambos progenitores, lo que se conoce como **guarda y custodia compartida**, propiciada por la influencia de las legislaciones al respecto de los Estados culturalmente próximos, por las leyes de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, y por la doctrina del TC y del TS.¹⁵

3.- REGULACIÓN ACTUAL DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

La regulación de la custodia compartida en España se rige por el Derecho Común y por las leyes de las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, que se explican someramente en los epígrafes siguientes.

3.1.- Antecedentes.

En primer lugar, hay que hacer una breve referencia a la normativa internacional que obliga a España en virtud de los Tratados suscritos. De todos ellos cabe destacar La Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990¹⁶ y el Reglamento Comunitario (CE) N° 2201/2003 DEL CONSEJO de 27 de

¹⁵ Esta es la idea que presidió la elaboración del *Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio*, en cuya Exposición de Motivos se explica que la reforma que propone pretende dar respuesta a la nueva situación social, teniendo para ello en consideración el Derecho Comparado Internacional, Comunitario y Foral.

¹⁶ Artículo 3: “1. 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.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

Artículo 9: “1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.¹⁷

En cuanto a la normativa española, se debe mencionar la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.¹⁸

3.2.- Normativa estatal.

La figura de la guarda y custodia compartida fue introducida por primera vez en nuestro ordenamiento por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. En

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.”

¹⁷ El artículo 2 del Reglamento aporta una serie de conceptos, destacando los puntos 7,8 y 9 en los que se definen los de responsabilidad parental, titular de la responsabilidad parental, derecho de custodia y derecho de visita:

Responsabilidad Parental: *Los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita.*

Titular de la responsabilidad parental: *Cualquier persona que tenga la responsabilidad parental sobre un menor.*

Derecho de Custodia: *Entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia.*

Derecho de Visita: *En particular, el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado.*

¹⁸ En su Exposición de Motivos, esta Ley expresa lo siguiente: “La presente Ley pretende ser la primera respuesta a estas demandas, abordando una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil.

En este sentido -y aunque el núcleo central de la Ley lo constituye, como no podía ser de otra forma, la modificación de los correspondientes preceptos del citado Código-, su contenido trasciende los límites de éste para construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general.”

concreto, es el artículo 92 del Código Civil¹⁹ donde se regulan los efectos de la ruptura del matrimonio sobre los hijos comunes, estableciendo la posibilidad de la atribución de la guarda y custodia compartida y los requisitos para ello. Esta normativa se aplica también a la regulación de las relaciones paterno-filiales en el caso de hijos extramatrimoniales, en virtud de lo establecido por la regla 6ª del artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.²⁰

La regulación que de esta figura hace el Código Civil es parca y genérica, siendo objeto de numerosas críticas desde todos los sectores, judiciales y sociales. Sin embargo, ello también supone una gran flexibilidad a la hora de adaptar este tipo de custodia a cada caso concreto. Cabe señalar que incluso uno de sus incisos derivó en cuestión de

¹⁹ Artículo 92 del CC: “1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

5. 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.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe **favorable** del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.”

²⁰ Artículo 770.6ª de la LEC: “En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio.”

inconstitucionalidad²¹, como será objeto de comentario en un epígrafe posterior.²² Debido a ello, las normas estatales han sido completadas mediante la doctrina que con su reiterada jurisprudencia va creando el Tribunal Supremo. Concretamente, se trata de las STS 257/2013, de 29 de abril, y 495/2013, de 19 de julio, las cuales serán comentadas más adelante.²³

La trascendencia de estas sentencias radica en el giro que ha supuesto para este asunto tan importante, ya que en ellas se aboga por la normalización de la custodia compartida.

3.3.- Normativa autonómica.

Algunas CCAA con Derecho civil propio han desarrollado legislaciones específicas sobre esta materia que, dada su decidida apuesta por este tipo de custodia, han contribuido a dar fuerza e implantar el sistema de guarda y custodia compartida en la sociedad española²⁴. A continuación se hará un breve repaso de las mismas.

Aragón: fue la primera que legisló sobre la materia, mediante la Ley de las Cortes de Aragón 2/2.010, de 26 de mayo, en la cual se da preferencia a la custodia compartida, sin perjuicio de que en el caso particular resulte más conveniente la custodia individual. Cada uno de los progenitores ha de presentar un *plan de relaciones familiares*, en el que explicarán la forma en que ejercerán las funciones inherentes a la guarda y custodia de sus hijos.

Cataluña: la Ley del parlamento de Cataluña 25/2.010, de 29 de julio no se decanta por la custodia compartida de forma expresa, aunque de la redacción de sus artículos

²¹ En concreto se trata del necesario informe “favorable” del MF. Artículo 92.8 transcrito en la nota a pie de página nº 19, pág.9.

²² Desarrollado en el epígrafe 5.1.c.1º del presente trabajo.

²³ Desarrollado en el epígrafe 5.2 del presente trabajo.

²⁴ M.J. SALINAS DOMINGO, “Hacia la normalización de la custodia compartida”, *Revista de Jurisprudencia*, de 1 de enero de 2015, se expresa en los siguientes términos: “...con estas normativas autonómicas ad hoc, y sobre todo con la aprobada por la Comunidad Valenciana, que establece preferente el régimen de custodia compartida, se ha producido un aumento significativo del número de concesiones de este sistema de custodia en los respectivos ámbitos territoriales y han aumentado las voces que entienden necesaria la implantación de una normativa estatal que establezca la normalización del régimen de custodia compartida.”

puede deducirse. También es necesario que cada uno de los progenitores aporte un *plan de parentalidad*, en los mismos términos del plan de relaciones familiares aragonés.

Navarra: la Ley Foral del Parlamento de Navarra 3/2.011 de 17 de marzo, tampoco se decanta por uno u otro tipo de custodia, dejando esa decisión en manos del Juez, partiendo de la premisa de que el tipo de guarda y custodia debe adoptarse en función del caso concreto, atendiendo siempre al interés del menor y a las circunstancias.

Comunidad Valenciana: la Ley de la Generalitat Valenciana 5/2.011, de 1 de abril²⁵, por su parte, establece la custodia compartida como norma general, siendo la excepción la atribución exclusiva, siempre y cuando sea lo más conveniente para el menor. Destaca la innovación de los términos empleados: *régimen de convivencia* en lugar de custodia, *pacto de convivencia familiar*, en lugar de convenio regulador y *autoridad parental*, en vez de patria potestad.

País Vasco: es la última CA que ha regulado la custodia mediante la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, que ha entrado en vigor recientemente. En ella se contempla la custodia compartida como norma general, pudiendo atribuirse en exclusiva a uno de los progenitores cuando así lo aconseje el interés del menor.

3.4.- Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la Corresponsabilidad Parental.

En el camino hacia la normalización del régimen de custodia compartida, el 10 de abril de 2.014 se publicó el texto del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la Corresponsabilidad Parental, que venía a sustituir al primero redactado el año anterior, el cual fue objeto de numerosas críticas, entre otras, la de excluir a los hijos de filiación no matrimonial.²⁶

²⁵ Esta Ley está pendiente de la resolución del Recurso de inconstitucionalidad nº 3859/2011, pese a lo cual resulta de aplicación en su territorio por haber sido levantada la suspensión por Auto 28 de noviembre de 2.011, en tanto se suscita el recurso.

²⁶ Según varios autores el Anteproyecto no aporta grandes novedades; en opinión de A. HERRANZ GONZÁLEZ, cit. pág. 5, (pág. 316): “*Si bien el Anteproyecto introduce modificaciones dignas de alabanza, como por ejemplo la necesidad de que los progenitores propongan un plan de ejercicio de la patria potestad conjunta tanto en los supuesto de mutuo acuerdo como en los contenciosos, en relación con la guarda y custodia la nueva regulación, además de no contener previsión alguna sobre los hijos no matrimoniales, se queda poco menos que en agua de borrajas puesto que no conlleva cambios sustanciales.*”

Este Anteproyecto, ha sido sometido al estudio del Consejo de Estado, cuyo dictamen fue emitido en julio de ese mismo año²⁷, regula, entre otras cosas, el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de ruptura de matrimonio o convivencia. Su principal objetivo consiste en dar un mayor impulso a la figura de la guarda y custodia compartida, sin establecerla como preferente, pero intentando desterrar la excepcionalidad de la misma. Según se establece en su articulado, será el Juez quien decida cuál debe ser la modalidad de custodia para cada caso, atendiendo a las circunstancias concretas y sobre todo, teniendo en cuenta qué es lo más conveniente para la protección del interés superior del menor, pudiendo ser atribuida conjuntamente a ambos progenitores aun cuando ninguno de los dos la insten.

²⁷ Respecto a la guarda y custodia compartida, el Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos: “*En primer lugar, la guarda y custodia compartida se configura en el nuevo artículo 92 bis.1 del CC como un modelo ordinario y alternativo a la guarda y custodia individual que el Juez puede acordar en interés del menor, a falta de acuerdo entre ambos progenitores (es decir, si uno pide guarda y custodia compartida y el otro se opone) y sin necesidad de que concurren circunstancias excepcionales.*

Esta es ya la situación vigente en el ordenamiento español, tras los pronunciamientos dictados por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en relación con los vigentes artículos 92.5 y 92.8 del CC. De acuerdo con estas decisiones jurisprudenciales, la guarda y custodia compartida, adoptada a solicitud de uno de los progenitores, no constituye una decisión que deba justificarse en razones de excepción. El Anteproyecto sometido a consulta no hace sino recoger este estado de cosas.

En segundo término, la atribución de la guarda y custodia compartida, cuando ninguno de los progenitores lo haya solicitado, puede otorgarse de forma excepcional, de acuerdo con el artículo 92 bis.1 del CC, "si con ello se protege adecuadamente el interés superior de los hijos".

Al examinar esta previsión, importa subrayar que, si ambos cónyuges solicitan la guarda y custodia individual de sus hijos para sí y la atribución de dicha guarda y custodia a cualquiera de ellos garantiza adecuadamente el interés superior de los hijos, no parece justificado que el Juez pueda acordar la guarda y custodia compartida como forma de no acceder o no dar la razón a ninguno de ellos, en una suerte de "decisión salomónica", como gráficamente ha sido calificada por diversas entidades durante la tramitación del expediente y por el propio Consejo General del Poder Judicial. Por tanto, en ausencia de petición expresa por parte de uno de los progenitores, la guarda y custodia compartida no debe ser para el Juez una alternativa ordinaria a la guarda y custodia individual sino que ha de configurarse como un mecanismo excepcional de protección del interés superior de los hijos menores, de forma que sólo pueda ser decretada cuando dicho interés no resulte debidamente garantizado a través de la guarda y custodia individual solicitada por cada uno de sus padres y únicamente pueda ser protegido mediante la guarda y custodia compartida.

En el nuevo artículo 92 bis.1 del CC, la excepcionalidad del supuesto estriba en que la guarda y custodia compartida podrá adoptarse por el Juez sin que ninguno de los progenitores lo pida y no en que -como entienden el Consejo General del Poder Judicial y este Consejo de Estado- dicho modelo sea la única manera de proteger adecuadamente el interés superior de los hijos. Por tal razón, debería sustituirse "si con ello se protege adecuadamente el interés superior de los hijos" por "si sólo de esta forma se protege el interés superior de los hijos". Adicionalmente y en línea con el carácter excepcional que la guarda y custodia compartida debiera tener cuando ninguno de los progenitores la haya solicitado, cabría valorar la conveniencia de introducir el informe preceptivo (no vinculante) del Ministerio Fiscal como requisito procesal previo para que el Juez pueda acordar la guarda y custodia compartida: la atribución al Ministerio Fiscal de este especial cometido -que el Consejo de Estado estima deseable- no vulneraría los artículos 24.1 y 117.3 de la Constitución desde el momento en que serán los Juzgados y Tribunales quienes, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, aprecien libremente si el interés superior del menor justifica el otorgamiento de la guarda y custodia compartida.”

En cuanto al “derecho de visitas”, el Anteproyecto considera que se trata de un concepto obsoleto que debe ser sustituido por otros, tales como, “*convivencia y régimen de estancia, relación o comunicación con el no conviviente*”. Otros aspectos regulados en este Anteproyecto son las relaciones de los menores con sus hermanos, abuelos, parientes y allegados; la protección de los menores en situaciones de violencia doméstica; la contribución de los progenitores a las cargas familiares y a la pensión de alimentos; la residencia y la vivienda familiar de los menores.

En la actualidad, aún no ha sido presentado en la Cortes para su aprobación como Ley, la cual en caso de ser aprobada daría lugar a la modificación de diversos artículos de la Ley del Registro Civil, la LEC, y el CC; respecto a este último, la novedad más importante, en relación con la custodia compartida sería la modificación del artículo 92 y la inclusión del artículo 92 bis.

4. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: Concepto y Características.

Antes de continuar con esta exposición y a falta de una definición legal en el Derecho común, es necesario explicar lo que se entiende por guarda y custodia compartida en función de las características que definen esta figura y los principios en que se inspira.

4.1.- Concepto.

Según F. Lathrop Gómez, la guarda y custodia compartida consiste en “*aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos, pudiendo en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados.*”²⁸

²⁸ F. LATHROP GÓMEZ, *Custodia compartida de los hijos*, Editorial: La Ley, Madrid, 2008, pág. 39.

Solo se encuentra una definición legal en la ya mencionada Ley de la Generalitat Valenciana 5/2.011, de 1 de abril que la denomina *convivencia compartida*, definiéndola de la siguiente manera: *“Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial.”*²⁹

La primera de estas definiciones se fundamenta en el reparto de los deberes y derechos inherentes a la responsabilidad parental, mientras que la segunda, se refiere a la distribución del tiempo de permanencia con cada progenitor.

Ambos aspectos están relacionados, ya que para hacer efectiva la participación igualitaria de los progenitores en la vida de sus hijos, han de poder estar cerca de ellos durante periodos de tiempo equivalentes. Dicho esto, la guarda y custodia compartida se caracteriza porque ambos progenitores conviven con los hijos comunes de forma alternativa pero nada impide que esos turnos tengan diferente duración.³⁰ De hecho, puede establecerse de manera que, a primera vista, parece un régimen de visitas muy amplio, y en este sentido se pronuncian los operadores jurídicos más avanzados, que encuentran desfasados los términos empleados hasta ahora para referirse a los periodos de convivencia.³¹

²⁹ Esta definición se encuentra en el artículo 3 a) de la citada Ley.

³⁰ J.P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Comentarios a la regulación de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental”, *Revista de Derecho de Familia*, de 1 de abril de 2014, tras reconocer que no existe un sistema estandarizado de custodia compartida respecto a los lapsos de tiempo que los hijos deban pasar con cada uno de los progenitores, termina opinando que *“...la custodia compartida por lapsos de tiempo superiores al mes, convierten la misma, de facto, en un régimen de custodias individuales sucesivas o alternas pues no permite el cumplimiento efectivo de los principios básicos que deben inspirar aquella por parte de cada progenitor en los periodos en que desempeña la custodia el otro...”*.

³¹ Según reiteradas manifestaciones del Magistrado-Juez Ángel Campo, titular del Juzgado de Familia nº8 de Gijón.: *“Al ser la guarda y custodia, una parte integrante de la patria potestad; se ha de entender que el progenitor, titular de la patria potestad, que tenga consigo a su hijo, lo tiene en ese momento bajo su guarda y custodia. No se puede interpretar esa situaciones de otra manera, y decir que un hijo está de visita con su padre; o que cuando un menor esta con un progenitor durante todo el periodo vacacional por ejemplo de verano, casi tres meses, está de visita en vez de bajo su guarda y custodia.”*

No obstante la terminología es importante y no meramente nominal, pues de la atribución conjunta de la guarda y custodia derivan importantes consecuencias de índole personal y patrimonial que no se darían de ser una guarda exclusiva con régimen de visitas.³²

4.2.- Principios informadores.

La guarda y custodia compartida descansa sobre cuatro principios: el interés superior del menor, la igualdad entre ambos progenitores, la corresponsabilidad parental en el ejercicio de las obligaciones concernientes al menor y la coparentalidad o derecho del menor a relacionarse en igualdad de condiciones con ambos progenitores.

El primero, es fruto de la evolución histórica acerca de las condiciones de vida de la infancia, recogidas principalmente en la Convención de los Derechos del Niño, ya citado.³³

Los tres últimos derivan del reconocimiento constitucional de la igualdad entre hombres y mujeres, y son recogidos en los ya citados artículos 14 y 32 de la CE³⁴, en las Leyes 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el CC y se determina el procedimiento a seguir

Si en cambio se puede hablar, en su caso de visitas, en relación a un progenitor que haya sido privado de la patria potestad, y por tanto de la guarda y custodia. Visitas que se interpretaran en función de lo dispuesto en el reglamento 2201/2003”.

³² J.P. GONZÁLEZ DEL POZO, cit. pág. 14: “*El nomen iuris que las partes den al régimen de custodia solicitado, o el que le asigne el juez, no es irrelevante, pues tiene incidencia en las reglas jurídicas a aplicar para decidir sobre el destino de la vivienda y ajuar familiar, y sobre el pago de los gastos ordinarios de asistencia de los hijos. Ésta será, sin duda, una de las cuestiones que, por la casuística que presenta la realidad, siempre tan rica y variada, más problemas puede originar a los jueces en su aplicación.*”

³³ En el Preámbulo de la Convención se recogen las declaraciones internacionales que han sentado las bases de la concepción actual para la protección de la infancia. No fue hasta el siglo XX, especialmente a partir de la 1ª Guerra Mundial, cuando se empezó a tomar conciencia de la importancia de proteger a los menores por su vulnerabilidad, procurando que desde todas las instituciones privadas y públicas se cuidara su desarrollo y su formación integral.

³⁴ Puesto que la Norma Suprema proclama la igualdad del hombre y la mujer a todos los efectos, han de asumir en igualdad de condiciones todas las responsabilidades derivadas del ejercicio de la patria potestad (en sentido amplio) sobre los hijos comunes.

en las causas de nulidad, separación y divorcio³⁵; en el artículo 68 del CC³⁶ y en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio por la que se modifica el CC y la LEC en materia de separación y divorcio³⁷, respectivamente.

Los cuatro principios están íntimamente relacionados y actúan conjuntamente, pero por encima de todos ellos prevalece el interés del menor, que será comentado

³⁵ P. LÓPEZ ZAMORA, “Capacidad Limitada de la mujer casada en el Derecho histórico español”, *Revista Kínesis (Revista electrónica de metodología e historia del Derecho)*, nº3, Ed. Instituto de Metodología e Historia de la Ciencia Jurídica, 2006, analiza los avances que supusieron estas leyes respecto al estatuto jurídico de la mujer casada, expresándolo de la siguiente manera:

Ley 11/1981, de 13 de mayo: “...la nota más importante introducida por esta Ley es la culminación de la no restricción de la capacidad de obrar por razón del sexo dentro del matrimonio iniciado por la Ley 14/75, al incluir en el articulado del CC el principio general de que, en el matrimonio, marido y mujer son iguales en derechos y deberes.”

Ley 30/1981, de 7 de julio: “Sin embargo, ésta (la equiparación jurídica de la mujer casada con su cónyuge) no se había logrado previamente al subsistir en nuestro ordenamiento jurídico dos diferencias concretas por razón del sexo en el matrimonio, las cuales fueron totalmente abolidas por esta Ley.”

³⁶ Artículo 68 CC: “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.”

³⁷ La Exposición de Motivos explica el sentido de la reforma que viene a dar respuesta a la evolución social: “La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio.”

“Por último, esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos 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 la potestad. Se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido. Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral. En el antiguo modelo de la separación-sanción, la culpabilidad del cónyuge justificaba que éste quedase alejado de la prole. Al amparo de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse. Así pues, cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés. Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad.”

separadamente en otro epígrafe por su importancia³⁸, ya que cualquier otra consideración decae ante el mismo, si la discrecionalidad del juez establece determinada medida en aras de su protección.

4.3.- Modalidades.

Existen muchas modalidades de guarda y custodia compartida, pues también son variados los criterios que se siguen para establecerla: edad de los menores, atribución de la vivienda familiar, distancia entre los domicilios de los progenitores, disponibilidad de éstos, etc., siendo muy común, la combinación de todos ellos para determinar los tiempos de estancia con cada uno.

Una primera clasificación puede hacerse en relación a la distribución de los tiempos en que cada progenitor convivirá con los menores. Es posible la alternancia por días, por semanas, e incluso por meses, en función por ejemplo de la distancia entre los domicilios de ambos progenitores, los horarios de los hijos y de los padres, etc. Respecto a la duración de los tiempos de estancia con cada progenitor, nos remitimos a lo expresado en el epígrafe 4.1 del presente trabajo y nota 30. En la práctica, lo más frecuente es lo que se denomina “modelo francés” consistente en la alternancia por semanas.³⁹

También se puede realizar una segunda clasificación en atención a la atribución que se haga del uso de la vivienda que hubiese constituido el domicilio familiar: aquella en la que se atribuye el uso a los hijos y son los progenitores los que alternativamente ocupan dicha vivienda junto a ellos, y otra, en la que uno de los progenitores permanece en el domicilio familiar, siendo los hijos quienes marchan con el otro, cuando toca el cambio de progenitor conviviente.⁴⁰

³⁸ Desarrollado en el epígrafe 5.3 del presente trabajo.

³⁹ J.P. GONZÁLEZ DEL POZO, cit. pág. 14, explica los diferentes modelos de custodia compartida en el Derecho Comparado de los países europeos, deteniéndose especialmente en la explicación del *sistema de résidence alternée*.

⁴⁰ La atribución del uso del domicilio a los hijos con la alternancia de los progenitores se produce muy pocas veces dada la cantidad de problemas de índole práctico que esta situación genera, haciéndola inviable; siendo mucho más frecuente que uno de los progenitores se quede en el domicilio familiar y sean los hijos quienes cambien de domicilio según el turno de custodia.

Existe también otra modalidad que consiste en atribuir la guarda y custodia de uno o varios de los hijos a un progenitor y los demás al otro. Se trata de la denominada *guarda y custodia partida o distributiva*. Sin embargo, esta situación que nuestro CC contempla⁴¹, constituye más bien dos atribuciones exclusivas; y según el propio CC y la jurisprudencia reciente del TS, una práctica poco recomendable, es preferible tratar de preservar el trato con los hermanos y la unión familiar, en la medida de lo posible.⁴²

5.- PRESUPUESTOS DE ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

Como ya se ha comentado en un apartado anterior, la atribución judicial de la guarda y custodia compartida se regula en el artículo 92. 5, 6 y 8 del CC, en el territorio español donde se aplica el Derecho Común. Los criterios establecidos en dichos artículos han sido completados y matizados con la doctrina del TC y del TS. A continuación se hará un somero repaso de dichos criterios, toda vez que su aceptación, al menos a nivel teórico, es pacífica para todos los operadores jurídicos.

5.1.- Presupuestos legales. El artículo 92 CC.

Del tenor literal del artículo 92 del CC⁴³ se pueden extraer las siguientes condiciones legales para la atribución de la custodia compartida:

⁴¹ Artículo 96, 2º párrafo del CC: “*Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.*”

⁴² Artículo 92.5 del CC: “*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.***”

STS nº 530/2015, de 25 de Septiembre: “*Tiene sostenido el Tribunal Supremo que los hermanos sólo deben separarse en caso imprescindible pues lo conveniente es que los hermanos permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos y si bien puede optarse por que los hermanos se separen, esa medida se tomarán de forma excepcional y especialmente motivada, demostrando ser más beneficio para los hijos como marco convivencia más adecuado para su desarrollo integral, pues si tras la separación los hijos dejan de convivir con ambos padres, los perjuicios pueden ser mayores si al mismo tiempo dejan de convivir con sus hermanos*”.

⁴³ El artículo está transcrito en la nota a pie de página nº 19, pág.9.

a) La necesidad de que sea solicitado al menos por una de las partes.

La solicitud de la guarda y custodia compartida pueden hacerla ambos progenitores en la propuesta de convenio regulador, si la separación es de mutuo acuerdo, o bien por llegar al mismo en el transcurso del proceso; también puede ser atribuida a instancia de una de las partes. En cualquier caso, siempre es el Juez quien decide la conveniencia de la misma, ya que es el que debe aprobar el convenio regulador, en el primer supuesto, o acordarla, en el segundo⁴⁴. El criterio que debe seguir es la protección del interés superior del menor.

b) Los requisitos necesarios para la atribución de la guarda y custodia.

En el punto 6 del artículo 92 se establece de forma imperativa que, antes de decidir el Juez, ha de recabar el informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio, al Equipo Técnico Judicial, valorar las alegaciones de las partes y la prueba practicada en la comparecencia, así como las relaciones que los hijos mantengan con los padres, y éstos entre sí y su idoneidad con el régimen de guarda.

Resulta muy importante señalar que cualquiera que sea la decisión judicial, ha de estar suficientemente fundamentada y motivada.

⁴⁴ Artículo 774 de la LEC: “1. En la vista del juicio, si no lo hubieren hecho antes, conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, los cónyuges podrán someter al tribunal los acuerdos a que hubieren llegado para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio y proponer la prueba que consideren conveniente para justificar su procedencia.

2. A falta de acuerdo, se practicará la prueba útil y pertinente que los cónyuges o el Ministerio Fiscal propongan y la que el tribunal acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre las medidas a adoptar.

3. El tribunal resolverá en la sentencia sobre las medidas solicitadas de común acuerdo por los cónyuges, tanto si ya hubieran sido adoptadas, en concepto de provisionales, como si se hubieran propuesto con posterioridad.

4. En defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna.

5. Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará por el Secretario judicial la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio.”

c) Los aspectos problemáticos del artículo 92.8.

1º.- Informe favorable del Ministerio Fiscal.

La Sentencia del TC 185/2.012, de 17 de octubre, declaró la inconstitucionalidad de este inciso, y ello por dos motivos: en primer lugar porque vulnera el artículo 117.3 de la CE, ya que en virtud de la potestad jurisdiccional, es el Juez el único que puede decidir si concurren los presupuestos y requisitos necesarios para la atribución de la custodia compartida, sin que su decisión pueda estar vinculada al informe del MF; en segundo lugar, porque de ser así, se conculcaría el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE⁴⁵.

2º.- Excepcionalidad del apartado 8, artículo 92 CC.

La Sentencia del TS 579/2.011, de 22 de julio, se pronunció sobre el significado del adjetivo *excepcional* del artículo 92.8, que también fue objeto de atención en el FJ 5º de la citada STC 185/2.012, de 17 de octubre. Según estas resoluciones, este adjetivo se refiere exclusivamente a la circunstancia de la falta de acuerdo de los progenitores acerca de la atribución compartida de la custodia, y no al hecho de que ésta sea una medida excepcional; es decir, que a pesar de la falta de acuerdo de los progenitores el Juez puede atribuirles la custodia compartida si con esa medida resulta más beneficiado el menor.⁴⁶

⁴⁵ Artículo 117.3 de la CE: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.”

Artículo 24.1 de la CE: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

⁴⁶ STS nº 579/2011, de 22 de julio, FD 3º: “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.”

STC nº 185/2012, de 17 de octubre, FJ 5º: “Situado en el contexto expuesto, no se puede dudar de que el número 8 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 5 de ese mismo art. 92), de modo que cuando no exista dicho consenso únicamente podrá imponerse si concurren los presupuestos normativos.”

5.2.- La doctrina del Tribunal Supremo.

El TS ya se había pronunciado en ocasiones anteriores acerca de la atribución de la guarda y custodia compartida, en un sentido favorable a dicha medida, pero la ya citada STC 185/2012, de 17 de octubre, al declarar la “no excepcionalidad” de la custodia compartida, fue determinante para que el alto Tribunal se decantase por este régimen de custodia, estableciendo la pertinencia del mismo.

La primera de las Sentencias en que se declaró la normalidad del establecimiento de tal medida, fue la STS 257/2013, de 29 de abril, de suma importancia, ya que en el último párrafo del Fallo se señala que “...*la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.*”

Además, la STS comentada, enumera qué circunstancias deben ser observadas por parte del Juez para declarar esta modalidad de guarda y custodia, siempre atendiendo al interés del menor: “...*la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada.*” Como se ve, no son *numerus clausus* en absoluto, sino que el Juez debe tener en cuenta cualquier otra circunstancia que pueda ser determinante a la hora de dilucidar cuál es el interés superior del menor. Estos requisitos se reiteran en todas sus sentencias posteriores.

Muy próxima en el tiempo, la STS 495/2013, de 19 de julio vino a confirmar la anterior; tras ellas, siguieron otra muchas, como la STS 758/2013, de 25 de noviembre, en cuyo FD 4º se declara: “*A la vista de lo expuesto es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido (art. 91 C. Civil) tras la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional (TC), de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la*

jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal. Complementario de todo ello es la reforma del C. Civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancia está supeditado a que favorezca al interés del menor.”⁴⁷

Las STS más recientes continúan avanzando en esta normalización de la custodia compartida, reiterando la doctrina marcada, y ampliando y matizando los requisitos para la adopción de una medida que ya se contempla, al menos a nivel teórico, como el régimen normal de guarda y custodia, además de hacerse eco de las bondades de este sistema, como es el caso de la STS 52/2015, de 16 de febrero, FD 3º: *“a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. b) Se evita el sentimiento de pérdida. c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor....”*

Por su parte, la STS 571/2015, de 14 de octubre, en el FD 2º se pronuncia acerca de la relación de los progenitores en los siguientes términos: *“Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario. Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.”*

Y en el FD 3º: *“Esta Sala no puede aceptar que la salida civilizada de uno de los progenitores de la vivienda familiar (propiedad de ella) pueda calificarse jurídicamente como aceptación de la guarda y custodia por el otro progenitor.”*

Por su parte la STS 585/2015, de 21 de octubre, FD 7º, se pronuncia acerca de la conveniencia de mantener las medidas provisionales en los siguientes términos: *“Esta Sala no puede aceptar que el mantenimiento provisional de un sistema de guarda por la*

⁴⁷ En el epígrafe nº7 del presente trabajo se desarrolla la repercusión procesal de este pronunciamiento.

madre, durante la separación de hecho, impida la adopción del sistema de custodia compartida.”

En este sentido la Sentencia nº 757/2013, 29 de noviembre de 2013 declara en su FD 3º: *“En segundo lugar, que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en medidas provisionales (custodia exclusiva) no es especialmente significativo para impedirlo no solo porque dejaría sin contenido los preceptos que regulan la adopción de las medidas definitivas si las provisionales funcionan correctamente, sin atender las etapas del desarrollo de las hijas, sino porque tampoco se valora como complemento el mejor interés de las menores en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando, incluso, ya ha funcionado durante un tiempo y se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual.”*

Y continua en el FD 8º: *“En la resolución recurrida se menciona la corta edad de los menores, para justificar que no se adopte el sistema de custodia compartida, pero al tiempo reconoce que el sistema adoptado tiene un tan amplio régimen de visitas que es prácticamente similar al de custodia compartida.*

Es decir, si la edad de los menores no desincentiva tan amplio régimen de visitas tampoco debe ser la causa de excluir el sistema de custodia compartida.”

5.3.- El interés superior del menor.

Todos los criterios que el CC y el TS recomiendan tener en cuenta para la atribución de la guarda y custodia compartida han de valorarse en relación con el interés superior del menor⁴⁸, que es a lo que la generalidad de la doctrina se refiere como *favor filii*.⁴⁹

El problema radica en determinar cuál sea este interés así como la mejor forma de protegerlo. La ya citada STS 495/2.013, de 19 de julio, FD segundo, lo expresa así: *“...se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus*

⁴⁸ Ya se ha hecho referencia a esto en el epígrafe 2.3 del presente trabajo.

⁴⁹ En realidad, el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado de mayor amplitud que el *favor filii* aunque es muy corriente la utilización de esta expresión tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel.”.

Dada la gran variedad de situaciones que pueden darse en la vida real, no puede establecerse de antemano un baremo común. Cada supuesto es diferente, por lo que resulta imposible, “a priori”, determinar cuál es la mejor forma de proteger a los menores propiciando su desarrollo integral sin menoscabar sus derechos, sin dejar de tener en cuenta los de sus progenitores.⁵⁰ El interés del menor se convierte así en la piedra angular sobre la que descansa la atribución de la guarda y custodia compartida. Todos y cada uno de los criterios que según la ley y la jurisprudencia han de ser tenidos en cuenta, así como cualquier otra circunstancia que sea relevante en relación a la custodia, han de estar referidos al mayor beneficio del menor.⁵¹

6.- CAUSAS DE NO ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

La atribución de la guarda y custodia compartida no procede cuando éste no sea el régimen más beneficioso para el menor. Aparte de la casuística particular, el artículo 92.7

⁵⁰ I. RAVETLLAT BALLESTÉ, *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*, Educatio Siglo XXI, Vol. 30 nº 2 · 2012, pp. 89-108: “Es evidente que la introducción de cláusulas generales en un ordenamiento jurídico tiene sus ventajas e inconvenientes; entre los aspectos positivos podemos citar la posibilidad de que el intérprete adapte las soluciones a los criterios de conciencia social (artículo 3.1 del Código Civil) que han de prevalecer en cada momento en la aplicación de una materia tan cambiante como es el Derecho de familia - derecho que se encuentra en constante evolución -. Dicho de otra forma, permite la adaptación del mandato legal a cada supuesto concreto, atendiendo a la diversidad de sujetos y circunstancias que puedan presentarse, así como el mantenimiento de su validez a lo largo de un amplio período de tiempo gracias a la posibilidad de ser interpretada de manera acorde con la evolución social y jurídica que se vaya produciendo. Entre los aspectos negativos que puede presentar una legislación que incluya este tipo de cláusulas se encuentra, sin duda, el problema que plantea la interpretación personal, que puede acarrear desviaciones notables sobre aquello que la conciencia social considera aceptable en un momento determinado.”

⁵¹ La STS nº 275/2013, de 29 de abril, declara en el punto 3º del Fallo “Como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar”.

CC⁵² prohíbe expresamente la adopción de esta medida en los casos de violencia de género o doméstica, incluso aunque solamente haya indicios de ella.⁵³

También las legislaciones autonómicas contienen prohibiciones análogas, con pequeños matices diferenciales, y lo mismo puede decirse del ya mencionado Anteproyecto.⁵⁴

Sin embargo, tanto la redacción del CC como el Anteproyecto han sido objeto de numerosas críticas en lo que respecta a este punto.⁵⁵ La crítica fundamental se centra en la prohibición cuando ésta solamente se basa en indicios o bien cuando el proceso penal

⁵² “No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.”

⁵³ En opinión de C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Facultad de Derecho Universidad de Valladolid InDret* 3/2010, pág. 7: “La inclusión de este párrafo manifiesta una desconfianza absoluta hacia el sistema judicial, pues cómo va a pensarse que una circunstancia que puede originar la privación de la titularidad de la patria potestad, crítica medida en esta materia, no va a ser determinante para atribuir la guarda exclusiva al otro progenitor, y probablemente, como se verá, con suspensión del derecho de visitas, al menos hasta que finalice el procedimiento.”

⁵⁴ Artículo 4.5: “No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo a los criterios señalados en los apartados anteriores y, singularmente al delito cometido, duración de la pena, reincidencia y reinserción del progenitor. Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a los criterios anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos. No se le atribuirá la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La Sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre firme dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte. Y tampoco procederá cuando el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito.”

⁵⁵ Según A. HERRANZ GONZÁLEZ, cit. pág. 5, (pág. 318): “Privar a un progenitor de la guarda y custodia de sus hijos con fundamento en la existencia de un proceso penal en trámite en el que todavía no se ha dictado resolución firme de condena es, sencillamente, inviable. Y ello porque, además de vulnerar el derecho a la presunción de inocencia, va en contra de los más elementales principios generales del derecho emanados de nuestro vigente ordenamiento jurídico, con la Constitución en su cúspide. Y ello por mucho que el propio artículo prevea la revisión del régimen de guarda y custodia en caso de que se dicte sentencia absolutoria o se decrete el sobreseimiento libre, porque pueden transcurrir varios años entretanto y la relación paterno filial perdida durante ese tiempo no se puede recuperar de ningún modo. Para colmo de despropósitos, ni tan siquiera es preciso que exista un proceso penal en curso, sino que basta con que el juez civil considere que existen indicios fundados de la comisión de tales hechos.”

está en curso, pues se estaría vulnerando el principio de presunción de inocencia, teniendo en cuenta que los procesos se dilatan en el tiempo y ello puede causar un perjuicio irreparable, no solo al progenitor encausado sino también al interés supremo de su descendencia.

7.- ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES.

El cambio en la línea jurisprudencial del TS no solamente ha modificado la aplicación del Derecho sustantivo, sino que también ha tenido importante incidencia en los aspectos procesales relacionados con la atribución de la guarda y custodia y en los procedimientos de familia.

7.1.- La modificación de medidas.

Como ya es sabido, la modificación de las medidas definitivas establecidas por sentencia judicial respecto a las relaciones paterno-filiales, solo puede tener lugar cuando hay un cambio sustancial de las circunstancias que motivaron su adopción. Pues bien, el cambio en su línea jurisprudencial considerando como normal y no excepcional el establecimiento de la custodia compartida, condujo al Alto Tribunal a afirmar en su STS 758/2013, de 25 de noviembre, con cita de otra de 7 de junio del mismo año, que “... *a la vista de lo expuesto es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido (art. 91 C. Civil) tras la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional (TC), de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional...*”.

7.2.- La actividad probatoria y fundamentación.

La consideración de la custodia compartida como el régimen normal y deseable tiene repercusión en la carga de la prueba y en la necesaria motivación de las resoluciones judiciales. Partiendo de la premisa de que la custodia compartida sea el régimen más deseable, la parte que solicite la custodia para sí en exclusiva deberá probar que, efectivamente, el menor resulta más beneficiado. Para el Juez, por su parte, también

deberá explicar detalladamente los motivos de la denegación de la custodia compartida ya que respecto a ella existe una presunción *iuris tantum* de su bondad.⁵⁶

8.- APLICACIÓN PRÁCTICA.

8.1.- Introducción.

Este Trabajo de Fin de Máster pretende dar una visión práctica acerca del tema escogido, la guarda y custodia compartida, y ello porque, aunque no se trata de un tema extremadamente novedoso, sí lo es su aplicación. Los tribunales están empezando a aceptar esta figura como la situación “normal e incluso deseable” para todo proceso matrimonial con descendencia que se precie.

La originalidad de nuestro trabajo radica en que no solo hemos estudiado la doctrina y la jurisprudencia más reciente relacionada con esta materia, sino que hemos escogido los casos más representativos que la alumna ha venido estudiando a lo largo del periodo de prácticas que forman parte del Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad de Oviedo.

Concretamente, las prácticas se han realizado en el despacho de Doña Carmen Baylón Misioné, abogada colegiada con el número 727 del Ilustre Colegio de Abogados de Gijón. El periodo de prácticas comenzó en el mes de febrero del 2015 y finalizó en diciembre del mismo año. Durante todo este periodo, la alumna pudo seguir el curso de todos y cada uno de los procedimientos matrimoniales (tema que nos ocupa). Para ello, realizó un estudio de toda la documentación existente en relación a cada uno de los clientes; analizó las situaciones concretas, realizó borradores de escritos profesionales, hizo labores de búsqueda de jurisprudencia... Así mismo, la alumna pudo tener contacto directo con los clientes ya que asistió a todos los juicios en compañía de la letrada tutora.

⁵⁶ J.P. GONZÁLEZ DEL POZO, cit. pág. 14, lo expresa así: “*La decisión del legislador de optar por consagrar un determinado régimen de custodia, compartida o individual, como ordinario, general o preferente, y otra modalidad de custodia como excepcional, extraordinaria o subsidiaria, o bien mantener un sistema de libre determinación judicial del régimen de convivencia de los hijos con sus progenitores, no es en absoluto inocua y tiene importantes consecuencias legales en orden a la posición procesal del juez ante la controversia de los progenitores y su reflejo en las resoluciones judiciales, a la fundamentación de la decisión judicial y a la prueba del superior interés o beneficio del menor en el caso concreto.*”

En relación a los casos objeto de estudio, hay que destacar que se trata de supuestos que estuvieron sustanciándose en el mismo momento en que se realizaron las prácticas, por lo que se conocen de forma directa. Todos ellos se han escogido por ser representativos en esta materia y muy ilustrativos, con lo que la alumna pudo profundizar en un tema tan complejo como es este.

En aras de seguir un análisis sistemático, se ha tratado de uniformizar las exposiciones, describiendo en primer lugar los antecedentes, con la enumeración de las instancias; en segundo lugar, se procede a la descripción del cliente y los pormenores del asunto particular, así como el interés del mismo. En tercer lugar, se efectúa el análisis en profundidad de las motivaciones expuestas por las partes así como la fundamentación de las respectivas resoluciones judiciales. Por último, se realiza una somera crítica a modo de conclusión.

8.2.- Casos prácticos.

8.2.1.- Supuesto nº 1.

A.-Antecedentes.

Juzgado de 1ª Instancia de Familia N° 8 de Gijón.

- 1.- Origen del Procedimiento: divorcio contencioso junto con medidas provisionales coetáneas a la demanda. N° del procedimiento: 181/2015.
- 2.- Suspensión para derivar a Mediación.
- 3.- Reanudación del procedimiento judicial.
- 4.- Finalizado por **sentencia nº 349/2015, de 18 de junio.**

A.P. de Gijón, Sección 7ª

- 1.- Recurso de apelación 510/2015.
- 2.- Finalizado por **sentencia nº 480/2015, de 17 de diciembre.**

B.- Breve exposición del caso.

En este asunto, D^{ña}. B.C.R., acudió como cliente al despacho de la letrada tutora, Doña Carmen Baylón, con la intención de divorciarse. El interés de este supuesto radica por un lado, en el tratamiento que el Juez *a quo* hace de la figura de la custodia compartida, por otro en que fue el primer caso de divorcio que la alumna pudo seguir desde el inicio del mismo.

Doña B. C. y su esposo contrajeron matrimonio en el año 2.000. De dicho matrimonio nacieron dos hijas, que a día de hoy cuentan con 11 y 7 años. La esposa decidió divorciarse el pasado año 2015, por lo que se inició un procedimiento de divorcio contencioso, dado que las fricciones existentes entre los cónyuges no permitían hacerlo de mutuo acuerdo. En la demanda interpuesta, se solicitaba la adopción de medidas provisionales coetáneas a fin de regular de forma inmediata las relaciones entre las partes y con respecto a las hijas en común. Durante el proceso se intentó llevar a cabo una solución extrajudicial, por recomendación del propio Juez de instancia, en procedimiento de mediación familiar, sin éxito. Por ello, finalmente hubo de celebrarse la vista oral, terminando el proceso por Sentencia 349/2015, de 18 de junio que establecía, entre otros pronunciamientos, una custodia “compartida” (así lo considera el Juez, aunque tanto la AP como la otra parte considera que se trata de una custodia exclusiva a favor de la madre), con tiempos de estancia no equitativos entre ambos progenitores y una pensión de alimentos para las hijas a cargo del padre, en cuya compañía estarían las niñas menos tiempo. Dicha Sentencia fue apelada por el padre y resuelta por sentencia 480/2015, de 17 de diciembre.

En relación el tema estudiado, Doña B.C. pedía, tanto en la solicitud de medidas provisionales como en relación a las definitivas, un régimen de guarda y custodia exclusivo para sí. Así mismo, se pedía el uso de la vivienda familiar para la madre y las menores en ambas solicitudes. Y por último, una contribución a las cargas del matrimonio en la solicitud de medidas provisionales y una pensión alimenticia en relación a las medidas definitivas.

Por la representación procesal del marido y padre de las dos menores, en la contestación a la demanda se solicitaron, entre otras, las siguientes medidas: la atribución de la guarda y custodia compartida y subsidiariamente, que fuera atribuida a la madre

con el correspondiente régimen de visitas a favor del padre. Así mismo, solicitaba la atribución de la vivienda familiar a las menores, siendo los progenitores quienes debían de rotar en los periodos de convivencia asignados. Además de todo ello, se solicitaban otras medidas de carácter patrimonial.

El Juzgador de Instancia consideró necesaria la suspensión de la vista relativa a las medidas provisionales ante la posibilidad de que los cónyuges alcanzaran un acuerdo por sí mismos, concretamente a través de un cauce extraprocesal, la mediación. Los cónyuges decidieron someterse a varias sesiones de mediación. Sin embargo, la tensión y falta de comunicación entre la pareja hicieron que este método resultara poco factible, por lo que se reanudó el proceso judicial, realizándose una única vista para decretar el divorcio y establecer las medidas definitivas que debían regir a partir de ese momento.

Finalmente, la sentencia nº349/2015, del Juzgado de Familia nº 8 de Gijón, declaró la disolución por divorcio del matrimonio y atribuyó una modalidad de custodia compartida consistente en: la convivencia de las menores con su madre en el domicilio familiar, copropiedad de ambos esposos, y un amplio “régimen de convivencia” del padre con sus hijas. Además, el Fallo establece una pensión de alimentos a favor de las hijas, a cargo del padre, entre otras medidas patrimoniales.

La parte contraria manifestó su disconformidad con dicho pronunciamiento, interponiendo el correspondiente recurso de apelación ante la Audiencia Provincial en el que solicitaba un aumento en el número de días de visita, no insistiendo en la guarda y custodia compartida por periodos semanales. También pedía una reducción en la pensión de alimentos de sus hijas.

La AP dictó sentencia estimando en parte el recurso de apelación en el sentido de ampliar el horario de las visitas. Es llamativo que la sentencia de la AP no hace alusión alguna a una custodia compartida, entendiendo en todo momento que se trata de una custodia exclusiva a favor de la madre.

C.-Análisis.

Antes de examinar los pormenores de las Sentencias, hay que delimitar las circunstancias del supuesto. Dña. B. C. dejó la vida laboral para ocuparse de sus hijas a tiempo completo, siendo ella quien les proporcionó educación y cuidados desde su

nacimiento, mientras que su marido trabajaba fuera de Gijón y pasaba fuera de casa muchas horas. El padre, durante los últimos meses de la vida en común, pasaba mucho tiempo fuera del hogar, no solo por razones de trabajo sino que aprovechaba el tiempo libre para realizar actividades de todo tipo lejos de su familia, desentendiéndose por completo de ésta, estando la pareja rota *di facto* en el momento de la interposición de la demanda, en la cual Dña. B. C. solicitó la custodia en exclusiva para sí, oponiéndose a la compartida por considerar que su esposo hacía dejación de sus deberes paterno-filiales. Su esposo solicitó la custodia compartida, y subsidiariamente, la exclusiva a la madre pero con un amplio régimen de visitas con fines de semana alternos y visitas diarias entre semana.

Las hijas, dada su edad, tienen entendimiento suficiente para darse cuenta del comportamiento de su padre, no obstante, quieren a su progenitor. La mayor de las hermanas declaró en la exploración judicial, que prefería seguir viviendo con su madre y limitar la estancia con el padre a la visita de los fines de semana.

1º.- Sentencia de divorcio 349/2015, de 18 de junio.

El Juzgador de Instancia expone de forma pormenorizada toda la legislación vigente, así como la jurisprudencia reciente, y se apoya en ella para emitir su Fallo, en el cual establece un sistema de guarda y custodia que denomina compartida, aunque más bien consiste en la atribución de la guarda y custodia a Dña. B. C., aunque estableciendo un régimen de visitas sumamente amplio, con fines de semana alternos y dos tardes intersemanales, atribuyendo el uso del domicilio conyugal a la madre y estableciendo pensión de alimentos en favor de sus hijas.

El Juez motiva su Fallo en la normativa aplicable, en el interés superior de las menores, razonamientos que ocupan una extensión considerable de la Sentencia, dedicando, únicamente, cuatro o cinco líneas a mencionar las pruebas practicadas, los horarios laborales del padre, la dedicación exclusiva de la madre al cuidado de las hijas, las manifestaciones de la hija mayor, las manifestaciones del tutor escolar de una de las menores, y la forma en la que se habían venido desarrollando las relaciones familiares, sin detenerse en los detalles de todo ello.

2º.- Sentencia de la AP nº 480/2015, de 17 de diciembre.

Resulta llamativo que la AP entiende que el Juzgador de 1ª Instancia estableció una guarda y custodia exclusiva a favor de la madre y un régimen de visitas a favor del padre de las menores. De la misma forma lo entendió la parte apelante a la vista de sus manifestaciones en el recurso.

El Fallo de la sentencia mantiene el régimen de guarda y custodia (modalidad ambigua), así como las visitas y estancias con el padre, añadiendo, únicamente, una pernocta de las menores con su padre. La AP considera que en nada perjudica tal amplitud de estancia de las hijas con su progenitor, sino que al contrario, sería un contrasentido “*aceptar pernoctas en fin de semana, y que no se haga lo propio durante las visitas intersemanales*”.

En relación a la pensión de alimentos fijada en la instancia, la AP considera que debe rebajarse basándose en: “*las exigencias de proporcionalidad debida entre los ingresos del obligado y las necesidades de sus hijas, las cargas que pesan sobre el patrimonio del obligado, y particularmente la pensión compensatoria establecida, y reconociendo que con la asunción de parte de la carga hipotecaria se contribuye en parte a paliar la necesidad de habitación, si bien, las mismas se incrementarán en X euros por cada una, una vez extinguida aquella pensión compensatoria.*” Es decir, la AP considera justificada una rebaja en el pago de la pensión de alimentos mientras la madre continúe recibiendo su correspondiente pensión compensatoria.

D.- Conclusión.

Varias cosas llaman la atención en la Sentencia de divorcio (1ª Instancia): en primer lugar, la terminología empleada, “*debe mantener la patria potestad, titularidad y ejercicio, compartida en ambos progenitores*”, asimilando **patria potestad y custodia** y recalcando que esta última solo es uno de los aspectos de aquella. Este hecho, en contra de lo que pudiera parecer, tiene su importancia, ya que resulta de la aproximación a la normativa de la Unión Europea y la legislación foral. Asimismo se habla de **régimen de convivencia**, y no de visitas. Con ello se pretende que el hecho de no estar en compañía de sus hijos durante ciertos periodos de tiempo no significa relevarle de su obligación de velar por ellos, de atender sus necesidades, o contribuir a su educación y desarrollo, como

tampoco privarle del derecho a participar activamente en la vida de sus hijos. Y ello, choca frontalmente con la resolución de la AP, que mantiene la terminología tradicional (*régimen de guarda y custodia, derecho de visitas*), entendiéndose, además, que se trata de una guarda y custodia exclusiva a favor de la madre y no una custodia compartida con una distribución desigual de los tiempos.

En segundo lugar, el Juez de Instancia parece más preocupado por aplicar la corriente de pensamiento más moderna, que en analizar las circunstancias del caso, aunque desde luego, visto el Fallo, es de suponer que sí lo ha hecho, a pesar de que no lo pormenore en su resolución.

En tercer lugar, Su Señoría dedica bastantes líneas a aconsejar a ambos progenitores la forma de llevar a cabo con éxito la custodia compartida de sus hijas y a enumerar las ventajas de tal régimen en beneficio de las menores, así como los derechos y deberes de los progenitores para con ellas. No obstante, en el presente caso se aplica una modalidad especial dentro de este tipo de guarda y custodia compartida, ya que no se dividen los tiempos de forma igualitaria sino que, atendiendo a las circunstancias familiares, testimonios y demás pruebas llevadas a cabo durante el proceso, el Juzgador considera conveniente que las menores tengan una residencia fija y uno de sus progenitores, la madre, sea quien lleve el mayor peso de la convivencia, mientras que el otro progenitor tiene atribuido un régimen de convivencia con sus hija, (y no un mero derecho de visitas).

8.2.2.- Supuesto nº 2.

A.- Antecedentes.

Juzgado de 1ª Instancia de Familia Nº9 de Gijón.

- 1.- Solicitud de Medidas Provisionales previas a la demanda de divorcio.
- 2.- Finalizado por **Auto nº 186/2015, de 24 de abril.**
- 3.- Demanda de divorcio contencioso,
- 4.- Finalizado por **sentencia nº 615/2015, de 26 de noviembre.**

Audiencia Provincial de Gijón, Sección 7ª.

1.- Recurso de apelación, sustanciándose actualmente.

B.- Breve exposición del caso.

Dª I.L. acudió al despacho de Dª Carmen solicitando su asistencia letrada para contestar a la demanda de medidas provisionales interpuesta por su esposo. Mediante Auto nº 186/2015 se establecen las medidas que de forma provisional deben regir entre las partes y con respecto a la hija en común, que tiene 16 meses de edad en el momento de interposición de la demanda.

A continuación, Dª I.L. interpone demanda de divorcio contencioso, que se resuelve por sentencia nº 605/2015, de 26 de noviembre, que decreta el divorcio del matrimonio y establece las medidas definitivas que deben regir.

El interés de este asunto radica en la interpretación que la Juzgadora de instancia hace del artículo 92.5 y de la jurisprudencia del T.S., invocando el interés de la menor como determinante para la atribución de la custodia a la madre, no obstante haber solicitado el padre la custodia compartida, y no existir circunstancia alguna que la desaconsejase.

C.- Análisis.

Antes de proceder al análisis exhaustivo de la sentencia, debemos de poner de relieve las circunstancias familiares que se daban en este supuesto. Por un lado, es muy importante destacar que este caso gira en torno a una menor que en el momento de interposición de la demanda de medidas provisionales contaba con tan solo 16 meses. Es decir, se trata de una niña muy pequeña, sin escolarizar, que requiere muchos cuidados y atención. Así mismo, hay que tener en cuenta que Dª I.L. tiene otra hija de una relación anterior, que cuenta con 8 años actualmente, cuya guarda y custodia fue atribuida en exclusiva a la madre, hasta los 6 años, cuando se modificó, atribuyéndose de forma compartida por periodos iguales de 6 días.

En cuanto al presente caso, el esposo de Dña. I. L. solicitaba en la demanda de medidas provisionales la guarda y custodia compartida, por periodos semanales, a ser posible coincidentes con las de la hermana mayor, evitando así la separación entre ambas. Asimismo se solicitaba no haber lugar a pensión de alimentos, aunque ofreciendo la

posibilidad de abrir una cuenta en la que cada progenitor haría ingresos periódicos a fin de atender las necesidades de la hija común. Subsidiariamente, para el caso de que no se aplicase tal régimen, se solicita que la pensión no excediera de una cantidad en función de la edad de la menor. El domicilio familiar, propiedad privativa de la esposa, sería para uso de la misma con la hija común.

Dª I.L. se opuso al régimen de guarda y custodia compartida en atención a la edad de la menor, y a la jornada laboral reducida de la madre.

Los mismos argumentos se reiteraron, con pocos meses de diferencia, en la demanda posterior de divorcio.

1º.- Auto de medidas provisionales nº 186/2015, de 24 de abril.

Con fecha 24 de abril de 2015, la Juez dicta Auto nº 186/2015 por el que se establece un régimen exclusivo de guarda y custodia a favor de la madre y las correspondientes visitas a favor del padre, así como la atribución del domicilio familiar a la madre e hija. Por último, se establece la obligación del padre de contribuir a las cargas familiares. La fundamentación de tal decisión, tras enumerar la normativa legal y la jurisprudencia relativas a la atribución de la custodia compartida, se basa en que el interés de la menor resulta más protegido en atención a su edad y al trabajo de la madre. Nada se dice acerca de la idoneidad y aptitud del padre para tener la custodia de la niña, ni de la convivencia con su otra hermana.

2º.-Sentencia de divorcio nº 605/2015, de 26 de noviembre.

La Sentencia de divorcio repite los mismos fundamentos jurídicos, reproduciendo la jurisprudencia del TS sobre la normalidad de la custodia compartida. Pese a todo ello, la Juez concluye que no han variado las circunstancias desde la fecha del Auto de medidas provisionales, por lo cual considera más conveniente mantener la guarda y custodia exclusiva a favor de la madre, así como los pronunciamientos sobre la vivienda y la pensión de alimentos en la misma cuantía. Eso sí, establece un amplio régimen de visitas a favor del padre y la atribución del domicilio familiar, privativo de la esposa, a la madre y a la hija.

3º.- Recurso de apelación (parte contraria).

La parte contraria, no conforme con la sentencia, interpuso recurso de apelación volviendo a solicitar la custodia compartida semanal (de lunes a lunes) o, subsidiariamente, de domingo a miércoles en favor de la madre y desde el miércoles hasta el sábado para el padre, alternando los fines de semana entre ambos progenitores. De forma subsidiaria se propone un régimen de visitas amplio y acorde con los horarios laborales de los progenitores.

D.- Conclusión.

Como primer punto a destacar de la mencionada sentencia de Instancia es que, según se va leyendo la misma parece que vaya a decretarse un sistema compartido de guarda y custodia. La Juzgadora se hace eco de la importancia de este nuevo sistema que se va implantando en nuestra sociedad y que tiene tantos beneficios para los menores. Sin embargo, finalmente concluye que, a pesar de sus ventajas, en este caso no sería el más eficaz y ello por las específicas circunstancias (situación laboral de los progenitores, edad de la menor e invariabilidad de las circunstancias con respecto a las medidas provisionales).

Precisamente de lo anterior pueden extraerse dos conclusiones más. Por un lado, que a pesar de que la sociedad experimente cambios que se van plasmando en nuestra legislación y jurisprudencia, ello no siempre se refleja en las resoluciones judiciales, que en muchos casos, como el presente, atienden más al tradicional rol de la mujer cuidadora de los hijos, y de la edad de los menores, por encima de otras consideraciones. Por otro lado que, inevitablemente, los Juzgadores de Instancia suelen ser reacios a modificar las medidas adoptadas de forma provisional, pese a la postura contraria del TS, ya comentada. Es posible que establecer un régimen de guarda y custodia compartida de forma provisional no sea del todo acertado debido a la urgente necesidad o celeridad con que hay que adoptarlas; sin embargo, de la valoración posterior y más detenida de las circunstancias, podría resultar adecuado establecer un sistema de guarda y custodia compartido como definitivo, no teniendo por qué estar condicionada la resolución por las medidas previamente impuestas.

8.2.3.- Supuesto nº 3.

A.- Antecedentes.

Juzgado de 1ª Instancia de Familia Nº 9 de Gijón.

- 1.- Procedimiento de origen: divorcio contencioso 198/2.012-7.
- 2.- Finalizado por **sentencia 256/12, de 14 de mayo.**
- 3.- Modificación de Medidas, supuesto contencioso 101/2.014-7.
- 4.- Finalizado por **sentencia 387/14, de 27 de junio.**

A.P. de Gijón, Sección 7ª.

- 1.-Recurso de apelación 457/2.014.
- 2.- Resuelto por **sentencia 148/2015, de 24 de abril.**

B.- Breve exposición del caso.

Don B. L. acudió como cliente al despacho de la letrada tutora, Doña Carmen Baylón. El interés del supuesto radica en la aplicación de la doctrina sentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la normalización de la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores. Este caso resulta paradigmático en ese sentido, pues el cambio jurisprudencial es suficiente para que se cumpla el requisito de alteración sustancial de las circunstancias que establece el artículo 91 del Código Civil, como presupuesto necesario para la modificación de las medidas definitivas.

Don B. L. estuvo casado y de ese matrimonio nació un niño; posteriormente, el matrimonio se divorció cuando el hijo común tenía tan solo 17 meses de edad. El procedimiento de divorcio, de cuya dirección letrada se encargó otro abogado, fue contencioso. Ya en el divorcio, Don B.L. había solicitado la custodia de su hijo. Sin embargo, la Juez encargada del proceso, en su Sentencia 256/12, de 14 de mayo, entre otros pronunciamientos, atribuyó la custodia a la madre, estableciendo un régimen de visitas con el padre y una pensión de alimentos para el hijo a cargo del mismo.

No estando conforme con el pronunciamiento relativo a la custodia, Don B.L. solicitó los servicios profesionales de Dña. Carmen al objeto de interponer demanda de modificación de dichas medidas. La nueva Sentencia, 387/14, de 27 de junio, desestima la modificación de medidas instada, confirmando las medidas definitivas establecidas en la primera.

No conforme con dicha Sentencia, a instancias de Don B.L., se interpuso recurso de apelación, resuelto por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Gijón, en su Sentencia 148/2015, de 24 de abril, por la que, revocando las anteriores, se atribuye la guarda y custodia compartida a ambos progenitores, dejando sin efecto la obligación del padre de abonar la pensión alimenticia.

C.- Análisis.

Antes de proceder al análisis del caso, es necesario señalar varias cosas: en primer lugar, Don B. L. se ocupó del cuidado y crianza del niño desde su nacimiento, tanto o más que la madre, puesto que él se encontraba en situación de desempleo en aquel momento, mientras que su esposa trabajaba. Padre e hijo establecieron desde el principio un vínculo de relación afectiva que permaneció inalterado tras la crisis de la pareja. Don B.L. siempre quiso tener la guarda y custodia de su hijo, solicitándolo así en su demanda de divorcio. De hecho, a pesar de la atribución en exclusiva a la madre, el régimen de visitas era amplio y el padre siguió pasando mucho tiempo con el niño. Su esposa, hizo lo propio, con el resultado que se examina a continuación.

1º.- Sentencia de divorcio 256/12, de 14 de mayo.

La Sentencia de divorcio es anterior a la STC 185/2.012, de 17 de octubre, que declaró la inconstitucionalidad del inciso “favorable” en relación con el preceptivo informe del artículo 92.8 del CC, como tampoco habían sido dictadas las Sentencias del Tribunal Supremo que hicieron variar el criterio jurisprudencial.

La Sentencia que puso fin al matrimonio de Don B. L. no hace referencia alguna a su capacidad como padre custodio; no obstante, la reconoce tácitamente, como se desprende del amplio régimen de visitas establecido, sin perjuicio de lo que libremente pudieran acordar ambos progenitores. Sin embargo, atribuyó la guarda y custodia a la madre, siguiendo el patrón tradicional. En el FD 3º únicamente se hace referencia a la

plena capacidad de la madre para tener la custodia; nada se dice acerca de que ello resultase más beneficioso para el menor en función de algún otro dato objetivo. Se motiva la resolución basándose en: la edad del menor, 17 meses en el momento del divorcio, al informe favorable del Ministerio Fiscal, y en el hecho de que así se venía realizando desde la separación de la pareja. Como consecuencia, el uso de la vivienda fue atribuido al hijo y a la madre custodia, pese a constituir un bien privativo del padre, quien debería seguir pagando la hipoteca con que estaba gravada, y además abonar una cantidad en concepto de pensión de alimentos para su hijo.

Así pues, la Sentencia examinada lo único que hizo fue continuar aplicando el modelo tradicional de custodia materna, sobre todo tratándose de menores de corta edad, como en este caso. Se da por hecho que es la madre quien debe ocuparse del niño, aunque se les ofrece a los progenitores la posibilidad de consensuar las visitas, y, en defecto de acuerdo, fijando un régimen del que se deduce que la Juzgadora, encuentra perfectamente capacitado al padre para atender a su hijo.

2º.- Sentencia de modificación de medidas 387/14, de 27 de junio.

Un año y medio después del divorcio, con fecha 28 de enero de 2.014, Don B.L. decidió interponer demanda de modificación de medidas, en el sentido de solicitar la custodia compartida del menor, por entender que había motivos para ello: en primer lugar, la edad del niño, que tenía ya 3 años, estando escolarizado y por tanto contando con un horario fijo y un régimen vacacional establecido; en segundo lugar, la situación laboral del padre, con trabajo estable desde el mes de octubre de 2013, pero con gran disponibilidad horaria para atender a su hijo, teniendo en cuenta que la madre también tenía un trabajo a turnos; en tercer lugar, se hace especial referencia a las dos Sentencias del Tribunal Supremo que por sí mismas suponen una alteración sustancial de las circunstancias, que justifican la modificación de la medida. Además se vuelve a hacer hincapié en la estupenda relación que tiene el niño con su padre y la familia cercana de este, en concreto, los abuelos con los que convive cuando está con él.

Junto a la petición de la custodia compartida, también se solicitó que el uso de la vivienda fuera otorgado al menor, siendo los padres los que entrasen y saliesen de la misma y, con carácter subsidiario, fuera la madre quien continuase en el uso de la vivienda junto con su hijo, desplazándose éste durante los periodos que le correspondiera convivir

con su padre. Asimismo se solicitó la extinción en el pago de la pensión de alimentos a cargo del padre, al convivir el menor con ambos progenitores por tiempos iguales, y no siendo relevante la diferencia entre los ingresos de ambos.

La Sentencia que resolvió la modificación de medidas desestimó la demanda de Don B. L. En el FD 2º se motiva la decisión de no modificar la atribución de la custodia sobre la base de que la situación actual resultaba buena para el menor, así como, nuevamente, en el informe del Ministerio Fiscal, favorable a mantener la atribución materna. Sin embargo, nada dice la Sentencia acerca de que, a pesar de la bondad de la situación, ésta no pudiese mejorar, redundando en el beneficio del menor. Nada se dice tampoco de la nueva línea jurisprudencial.

3º.- Sentencia 148/2015, de 24 de abril, de la A.P. de Gijón, Sección 7ª.

El anterior pronunciamiento fue recurrido en apelación, repitiéndose en las alegaciones los argumentos ya esgrimidos por las partes en las ocasiones anteriores.

La Sentencia que resolvió el asunto revocó las anteriores manteniendo únicamente los pronunciamientos acerca del uso de la vivienda conyugal, distribución de los periodos vacacionales y pago de gastos extraordinarios.

Sin embargo, la mencionada Sentencia revoca el pronunciamiento acerca de la atribución de la custodia a la madre, estableciendo un régimen de custodia compartida por ambos progenitores; se deja también sin efecto la obligación del padre de abonar una pensión de alimentos, por entender que el niño pasará periodos de tiempo iguales con cada uno de los progenitores y que la diferencia de ingresos, descontando los gastos, no resulta significativa.

Pero la importancia del Fallo, radica en la fundamentación del mismo, ya que se apoya en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y en las matizaciones que el alto Tribunal hace respecto a la normalización de la custodia compartida, en relación con el supuesto al que debe ser aplicada.

En efecto, en este caso, quedaba suficientemente acreditada la capacidad de Don B.L. para ser padre custodio, así como la voluntad y la disponibilidad para serlo. Todo lo cual, dimana, no solo de las pruebas que se presentaron en las respectivas vistas, sino

también del informe realizado por el Equipo Psicosocial de los Juzgados, que analizó la unidad familiar, realizando las pruebas y entrevistas pertinentes a cada uno de sus miembros. Este informe de los especialistas resulta de suma relevancia a la hora de valorar el interés superior del menor y determinar si el cambio de custodia resulta más beneficioso que mantener la situación anterior aunque esta también fuera buena, como ocurrió en este caso.

Siguiendo la pauta del TS, también señala la Sentencia que el hecho de existir discrepancias entre los progenitores no significa que deba descartarse la custodia compartida, que únicamente sería rechazable si ello fuese causa de perturbación para el menor. En este caso, pese a sus diferencias, que el Tribunal considera normales, ambos creen que el niño está bien atendido cuando está con el otro, no existiendo ningún tipo de descalificación entre ellos en cuanto a su calidad como padre y madre.

Por último, hay que señalar que el mantenimiento en el uso de la vivienda a la madre, siendo el menor quien se desplace de domicilio, es motivado por el hecho de que a juicio del Tribunal, la alternancia en el uso del domicilio familiar por ambos progenitores, es fuente de conflictos que redundarían negativamente en el éxito del sistema, perjudicando con ello al menor.

D.- Conclusión.

En el supuesto analizado, a pesar de la dedicación del padre, la Juez de instancia rechaza la atribución de la custodia compartida, pese a que en un primer momento la disponibilidad de éste, desempleado, es mayor que la de la madre, que trabaja a turnos. En el proceso de modificación de medidas se mantiene el modelo de custodia pese al cambio jurisprudencial, que ni siquiera se valora.

Ha de ser nuestra Audiencia Provincial, quien haciéndose eco del cambio jurisprudencial, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, revoca las anteriores Sentencias; eso sí, teniendo presentes las premisas que marca el TS para la correcta aplicación de la nueva doctrina, que se resume en proteger el interés superior del menor por encima de ningún otro.

8.2.4.- Supuesto nº 4.

A.- Antecedentes.

Juzgado de 1ª Instancia de Familia Nº9 de Gijón.

- 1.- Procedimiento de origen: divorcio contencioso nº 1180/2010-6 junto con Solicitud de Medidas Coetáneas.
- 2.- Medidas coetáneas/**auto de 7 de febrero de 2011.**
- 3.- Finalizado por **sentencia de 13 de abril del 2011.**

Audiencia Provincial de Asturias (Gijón), Sección 7ª.

- 1.- Recurso de Apelación nº 483/2011.
- 2.- Finalizado por **sentencia nº 528/2011, de 18 de noviembre.**

Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Gijón.

1. Procedimiento contencioso de modificación de medidas, actualmente, sustanciándose.

B.- Breve exposición del caso.

Este caso es encargado por Don P.A., divorciado y con una hija menor de edad. El cliente está disconforme con su situación actual (con respecto a su hija), la cual deriva de un procedimiento de divorcio contencioso llevado a cabo en el Juzgado de 1ª Instancia número 9 de Gijón en el año 2011, en el que se establecieron en primer lugar unas medidas provisionales mediante Auto de fecha 7 de febrero de 2011, y por último las medidas definitivas por sentencia de 13 de abril de 2011. Tras la mencionada sentencia, D. P.A. decide interponer un recurso de apelación. Finalmente, en la actualidad, decide acudir a este despacho para pedir asesoramiento acerca de tal situación e intentar modificar las medidas que a día de hoy rigen con respecto a su hija menor. Se trata de un caso complicado, ya que prácticamente todos y cada uno de los extremos y circunstancias a tener en cuenta para la modificación de las medidas definitivas han sido abordados en los dos procedimientos anteriores. Aun así, D. P.A. ha decidido interponer en diciembre del

año 2015 la correspondiente demanda de modificación de medidas ante el Juzgado de 1ª Instancia de Gijón, lo que se está sustanciando en la actualidad.

El interés del caso radica en la dificultad de llevar a cabo un régimen de custodia compartida cuando los domicilios de los progenitores no se encuentran en la misma provincia. También es discutible la decisión unilateral del cambio de domicilio que afecta directamente a la relación del padre, en este caso, con su hija.

Don P.A. contrajo matrimonio en el año 2009 y fruto de tal matrimonio nació una niña en el mismo año. Dos años más tarde, el 13 de abril de 2011, la Juez de 1ª Instancia del Juzgado nº9 de Gijón dicta sentencia de divorcio, y en ella establece las medidas definitivas que debían regir entre los cónyuges y con respecto a la menor. Concretamente, se estableció un sistema de guarda y custodia exclusivo para la madre y un amplio régimen de visitas a favor del padre, desestimando por tanto la petición de régimen de guarda y custodia compartida solicitado por D. P.A. En cuanto a la vivienda familiar, privativa del esposo, fue atribuida a D. P.A. Por último, se estableció una pensión de alimentos a cargo del padre de 600 € mensuales.

Ambas partes se mostraron disconformes con el fallo de la sentencia y por ello recurrieron en apelación. D. P.A. interesaba el establecimiento de un régimen de visitas más amplio y por otro lado, una sustancial rebaja de la pensión de alimentos. La otra parte impugna los mismos apartados. Finalmente, la sentencia nº 528/2011 estima parcialmente los recursos de apelación interpuestos y establece: una reducción del tiempo en el que la menor estará con su padre, así como una reducción de la pensión de alimentos a favor de la hija, a cargo de D. P.A.

El esposo considera que la situación actual es injusta y le perjudica tanto a él como a su hija. Es por ello, que se ha interpuesto la demanda de modificación de tales medidas.

C.-Análisis.

Antes de comenzar con el análisis de ambas sentencias, es necesario destacar que se trata de resoluciones dictadas en el año 2011, es decir, todavía no se había producido el cambio jurisprudencial del TS. Así mismo, ambas sentencias son anteriores a la STC 185/2012, de 17 de octubre que declaró inconstitucional el inciso “favorable” al que alude el artículo 92.8 con respecto al informe del MF.

1º.- Auto de Medidas Provisionales de 7 de febrero de 2011.

La Juzgadora consideró que debía establecerse un régimen exclusivo de guarda y custodia a favor de la madre, a pesar de la petición del padre quien solicitaba, tanto en relación con las medidas provisionales como en las definitivas, la atribución de la guarda y custodia compartida, por periodos de 15 días, como petición principal, siendo la petición subsidiaria la guarda y custodia exclusiva a favor de la madre (demanda) y a favor del padre (oposición a la contestación de la demanda).

2º.- Sentencia de divorcio de 13 de abril de 2011.

La sentencia hace un análisis exhaustivo acerca de la atribución de la guarda y custodia. En primer lugar, hace referencia al informe del Equipo Psicosocial adscrito al Juzgado, el cual fue elaborado mediante la realización de diversas pruebas con ambos progenitores y con la menor. La parte actora, es decir D. P.A. había solicitado que se examinara al resto de miembros de la familia paterna, lo que fue desestimado por no guardar relación directa con la atribución de la guarda y custodia.

El informe concluye que ambos progenitores están perfectamente capacitados para el ejercicio compartido de la guarda y custodia, lo que había sido solicitado por el esposo. Sin embargo, la atribución de esa modalidad compartida dependía de que ambos vivieran en la misma ciudad, siendo la custodia exclusiva la modalidad más idónea para el caso de que residieran en diferentes provincias. Para concluir esto, el Equipo Psicosocial se basó en una serie de premisas o circunstancias, tales como: la edad de la hija menor (1 año y 6 meses en el momento de la sentencia); la buena relación de la niña con ambos, siendo la materna su figura de referencia; y una mayor puntuación de la madre en las diversas pruebas realizadas.

Teniendo en cuenta el contenido de dicho informe junto con las manifestaciones de la esposa acerca de su inminente cambio de residencia a Toledo (su ciudad de origen) y con el informe favorable del MF, la Juzgadora consideró más adecuado un régimen exclusivo a favor de la madre.

En cuanto a las visitas, se estableció un amplio régimen. La sentencia distingue dos situaciones: la etapa anterior a la escolarización de la menor y la posterior. En relación al primero, la niña permanecería junto con su padre los diez primeros días de cada mes,

estando el resto del tiempo con su madre. Sin embargo, en el momento que la menor estuviera escolarizada pasaría a tener un régimen normal de visitas con su padre, es decir, de fines de semana alternos. Todo ello teniendo en cuenta el calendario escolar de la menor, muy importante en este caso ya que, sería el de su lugar de residencia, es decir, Toledo.

En relación a las vacaciones, la Juzgadora, teniendo en cuenta la distancia que separaría al padre y a su hija durante el curso escolar, atribuyó la mitad del periodo Navideño, la totalidad de las vacaciones de Semana Santa y las dos terceras partes de las vacaciones de verano al padre. Como argumentos a favor de este amplio régimen vacacional a favor de D. P.A., la Juzgadora mencionó la buena vinculación afectiva de ambos (padre-hija); el interés mostrado por el progenitor; y la necesidad de adecuar el contacto paterno filial a las circunstancias reales (la amplia distancia entre Gijón y Toledo). De esta manera, la Juez quiere compensar la obligación del padre de desplazarse, la estabilidad de la menor y el fomento de la relación entre ambos.

En cuanto al uso de la vivienda que fuera familiar, fue atribuido al padre, ya que la esposa había manifestado su deseo de trasladarse a vivir a otra ciudad.

Y por último, se decretó el pago de una pensión de alimentos a favor de la menor, debiendo abonar D.P.A. 600 € en atención a sus ingresos, gastos (desplazamientos, alojamiento y manutención) y a los gastos de una menor.

3º.- Sentencia AP nº 528/2011, de 18 de noviembre.

Esta sentencia revocó parcialmente la de Instancia en el sentido de rebajar el régimen de visitas al padre (en periodo estival), así como la pensión de alimentos en atención a los gastos que le supone el desplazamiento para visitar a su hija.

El Juez hace hincapié en el hecho de que la menor ya está escolarizada en el momento de dictarse la presente sentencia, por lo que debe respetarse su calendario escolar, ya que constituye el mayor beneficio para la misma. Por otro lado, la AP rechaza la petición de D. P.A. de escoger los fines de semana en los que estar con su hija, así como el hecho de que la menor pueda ser recogida o entregada por otros miembros de la familia, recalándose que las visitas y comunicaciones de la menor son con el padre.

4º.- Demanda de modificación de medidas.

Disconforme con los anteriores pronunciamientos, D.P.A. acudió al despacho profesional de Doña Carmen a fin de instar una modificación de las medidas. En un principio, su idea era persistir en la atribución de la custodia compartida apoyándose en el cambio jurisprudencial del TS. Finalmente, asesorado por la letrada, decidió solicitar la custodia exclusiva para sí basándose en la buena relación con su hija, el arraigo de la misma con su familia gijonesa y su círculo de amistades en esta ciudad, su capacidad como padre custodio y el injusto alejamiento de su hija por la decisión unilateral de la madre. Esto se está sustanciando en la actualidad ante el Juzgado nº9 de Gijón.

D.- Conclusión.

En este supuesto debemos resaltar lo siguiente: estando ambos progenitores perfectamente capacitados según quedó acreditado en el proceso y siendo beneficioso para la menor el régimen de custodia compartida, éste no se pudo llevar a cabo por el cambio de domicilio de la madre a otra provincia, alejando así la posibilidad de la alternancia en la convivencia por periodos de tiempo razonables.

Es cierto que toda persona tiene derecho a elegir libremente su residencia, pero es más cierto que cuando esta decisión afecta a terceros cuyo interés es superior, debe ser cuestionada dicha libertad. Hay pronunciamientos judiciales contradictorios respecto a esto. En todo caso, siempre habría que tener en cuenta el interés superior del menor y en este supuesto, según opinión personal, la menor estaría mejor en una ciudad más grande con más posibilidades, más familia, primos de su edad, amistades, que vivir en un pueblo de la provincia de Toledo, únicamente con su madre.

9.- CONCLUSIONES.

En primer lugar, debemos comenzar diciendo que la materia objeto estudio es compleja y problemática, ya que afecta a la vida personal, íntima, de las personas que forman parte de los procesos de familia. Ello quiere decir, que es un tema que debe tratarse con especial delicadeza desde todos los sectores, legislativos, jurídicos y sociales. De todo lo analizado se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Por un lado, el Derecho positivo siempre se ha preocupado de la protección de la familia y muy especialmente de los menores, las personas más vulnerables de nuestra sociedad que en caso de crisis familiar se ven directamente afectadas. Por esto mismo, también los tribunales vienen realizando una labor interpretativa y complementaria de la Ley, cuya finalidad última consiste en reforzar dicha protección.

En la actualidad, la base de todas las decisiones que afecten a los menores es su interés, bien superior jurídicamente protegido por encima de cualquier otro. Por esta razón, ha nacido y se está desarrollando una modalidad de guarda y custodia novedosa: *la guarda y custodia compartida* que beneficia al menor al propiciar el trato con ambos progenitores, así como también resulta la mejor opción para éstos, pues evita el distanciamiento del progenitor no custodio y la desvinculación con la crianza y educación de sus hijos. Por otro lado, es el modelo que mejor se adapta a la situación actual de la mujer, quien se encuentra incorporada al mundo laboral, igualando a ambos progenitores en el cumplimiento de sus obligaciones y en el ejercicio de sus derechos paterno-filiales.

De todas formas, es muy importante tener en cuenta que para que este sistema sea eficiente, es necesario que los progenitores colaboren y muestren interés para que redunde en beneficio de sus hijos. Además, tiene relevancia jurídica porque de ella derivan el resto de pronunciamientos judiciales de contenido patrimonial. Al hilo de esto, la nomenclatura tradicional utilizada hasta ahora está empezando a ser sustituida por términos más acordes con el significado último de la custodia compartida, quedando obsoletos ciertos términos como “derecho de visitas” y patria potestad que se sustituyen por **régimen de convivencia** y **coparentalidad**, respectivamente.

Como cada caso es diferente, también son muchos los sistemas que pueden adoptarse para llevar a cabo una custodia compartida. Precisamente, una de las mayores críticas doctrinales en relación a esta institución es la falta de precisión de la misma. Sin embargo, puede concluirse que ésta imprecisión hace factible que pueda flexibilizarse y adaptarse a toda situación de crisis familiar, como si de un *traje a medida* se tratara.

No hay que olvidar que la progresiva aceptación de la guarda y custodia compartida en nuestro país viene en gran parte influenciada por el Derecho de los países occidentales más próximos y por los Derechos forales. Dada la extensión de las CCAA con legislación

sobre esta materia, se puede decir que en gran parte del territorio español ya se aplica como preferente la custodia compartida.

En el resto del Estado en el que se aplica el Derecho común, el TS ha llevado a cabo, en los últimos tiempos, una labor de normalización de este tipo de custodia, declarando como doctrina jurisprudencial que este nuevo modelo compartido de guarda y custodia debe ser el sistema normal y deseable en toda situación de crisis familiar. Sin embargo, resulta sorprendente que, a pesar de ello, siga habiendo jueces reacios a la aplicación de esta nueva doctrina (véase casos prácticos estudiados), aunque posteriormente las Audiencias Provinciales (concretamente la AP de Asturias), se hacen eco de lo establecido por el TS.

La nueva doctrina jurisprudencial del TS ha tenido repercusiones procesales, ya que el propio Tribunal ha declarado que la misma se considera *alteración sustancial de las circunstancias*, permitiendo la adopción del régimen compartido de guarda y custodia a partir del procedimiento de modificación de medidas. También tiene incidencia en la tanto en la actividad probatoria de las partes como en la fundamentación de la resolución judicial.

Como conclusión última, podemos afirmar que aunque la guarda y custodia compartida ya empieza a tomarse como un sistema “preferente” en la teoría, falta mucho camino por recorrer para que lo sea también en la práctica.

ANEXO I

BIBLIOGRAFÍA (Libros y revistas)

-BAYARRI MARTÍ, M^a L., “El régimen de guarda y custodia en España. Derecho Común y Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio”, *Noticias Jurídicas*, 9 de septiembre de 2014.

-GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “Comentarios a la regulación de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental”, *Revista de Derecho de Familia*, de 1 de abril de 2014.

-GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “Custodia Versus Patria Potestad. Delimitación del contenido y funciones de una y otra”, *Boletín de Derecho de Familia, El Derecho*, n^o93, Septiembre 2009.

-GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *Facultad de Derecho Universidad de Valladolid InDret* 3/2010.

-HERRANZ GONZÁLEZ, A., “Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida e interés del menor: novedades en torno a la futura Ley de Corresponsabilidad Parental”, *Revista de Derecho*, UNED, n^o14, 2014.

-LASARTE, C., *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil VI*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, 14^a Edición.

-LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, Editorial: La Ley, Madrid, 2008.

-LÓPEZ ZAMORA, P., “Capacidad Limitada de la mujer casada en el Derecho histórico español”, *Revista Kínesis (Revista electrónica de metodología e historia del Derecho)*, n^o3, Ed. Instituto de Metodología e Historia de la Ciencia Jurídica, 2006.

-RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “La Guardia y Custodia de los Hijos”, *Derecho Privado y Constitución*, n^o15, Enero-Diciembre, 2001.

-RAVETLLAT BALLESTÉ, I., *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*, Educatio Siglo XXI, Vol. 30 nº 2, 2012.

-SALINAS DOMINGO, M.J., “Hacia la normalización de la custodia compartida”, *Revista de Jurisprudencia*, de 1 de enero de 2015.

ANEXO II

NORMAS LEGALES

-Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.

<http://www.juecesdemocracia.es/LegislacionActual/Anteproyecto%20de%20Ley%20Custodia%20Compartida%20CM%2019-7-13.pdf>

-Código Civil Español de 1889: Real Decreto 24 de julio de 1889 por el que se publicó el Código Civil;

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

-Constitución Española de 1978:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

-Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989;

<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>

-Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-11198>

-Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1981-16216>

-Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

-Ley 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.

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-11864

-Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/22/pdfs/BOE-A-2010-9888.pdf>

-Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-13312>

-Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

<https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-6554-consolidado.pdf>

-Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/04/25/pdfs/BOE-A-2011-7329.pdf>

-Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8275

-Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8470>

-Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1996-1069>

-Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8222>

-Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-82188>

ANEXO III

JURISPRUDENCIA del TS y TC

-STC 141/2000, de 29 mayo;

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2000-12312

-STC 185/2.012, de 17 de octubre;

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/11/14/pdfs/BOE-A-2012-14060.pdf>

-STS 415/2000, de 24 de abril;

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3240160&links=%22415%2F2000%22&optimize=20030704&publicinterface=true>

-STS 579/2.011, de 22 de julio;

<http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/77989/sentencia-ts-579-2011-sala-1-de-22-de-julio-guarda-y-custodia-compartida-menores-proteccion>

-STS 257/2013, de 29 de abril;

<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6715184/Patria%20potestad%20compartida/20130523>

-STS 495/2013, de 19 de julio;

<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6820264/Patria%20potestad%20compartida/20130809>

-STS 758/2013, de 25 de noviembre;

<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6908454/Patria%20potestad%20compartida/20131213>

-STS 757/2013, 29 de noviembre;

<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6903399/Patria%20potestad%20compartida/20131210>

-STS 52/2015, de 16 de febrero;

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=7297958&links=&optimize=20150220&publicinterface=true>

-STS 530/2015, de 25 de septiembre;

<http://supremo.vlex.es/vid/583768726>

-STS 571/2015, de 14 de octubre;

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=7500988&links=salida%20civilizada&optimize=20151023&publicinterface=true>

-STS 585/2015, de 21 de octubre;

<http://supremo.vlex.es/vid/586988550>

JURISPRUDENCIA MENOR

-Sentencia de 13 de abril del 2011, del Juzgado de 1ª Instancia nº9 de Gijón.

-Sentencia nº 256/2012, de 14 de mayo, del Juzgado de 1ª Instancia nº9 de Gijón.

-Sentencia nº 387/2014, de 27 de junio, del Juzgado de 1ª Instancia nº9 de Gijón.

-Sentencia nº 349/2015, de 18 de junio, del Juzgado de 1º Instancia nº8 de Gijón.

-Sentencia nº 615/2015, de 26 de noviembre, del Juzgado de 1ª Instancia nº9 de Gijón.

-Sentencia nº 528/2011, de 18 de noviembre, de la APA, Sección 7ª.

-Sentencia nº 148/2015, de 24 de abril, de la APA, Sección 7ª.

-Sentencia nº 480/2015, de 17 de diciembre, de la APA, Sección 7ª.

Otras resoluciones:

-Auto de 7 de febrero de 2011, del Juzgado de 1ª Instancia nº9 de Gijón.

-Auto nº 186/2015, de 24 de abril, del Juzgado de 1ª Instancia nº9 de Gijón.

ANEXO IV

ABREVIATURAS

-AP	Audiencia Provincial
-CA	Comunidad Autónoma
-CC	Código Civil
-CCAA	Comunidades Autónomas
-CE	Constitución Española
-Cit.	Citado
-FD	Fundamento de Derecho
-FJ	Fundamento Jurídico
-LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
-MF	Ministerio Fiscal
-Pág.	Página
-STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
-STS	Sentencia del Tribunal Supremo
-TC	Tribunal Constitucional
-TS	Tribunal Supremo