

## Una breve reflexión sobre la nueva regulación de la guarda y custodia compartida



**1** El libro segundo del Codi Civil de Cataluña que entrará en vigor el próximo mes de enero, regula de forma novedosa las consecuencias que se derivan de una situación de crisis familiar para los hijos menores de edad. Digo novedosa porque no ha supuesto una modificación tan breve y directa como la ley aragonesa, en la que de forma expresa y clara se establece un criterio preferente que va a obligar al juez, por el principio de legalidad, a atribuir el ejercicio de la guarda de los hijos de forma compartida, pudiendo incluso obligar a las partes a la venta de la vivienda familiar.

En el libro segundo las consecuencias de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar no se ha resuelto como en Aragón si bien se recogen por fin unos criterios justos y necesarios que van a garantizar la no concesión automática de este derecho a uno de los progenitores por el mero hecho de ostentar la guarda de los hijos, estableciéndose nuevas causas de extinción referidas a su mejora económica, así como ante un nuevo matrimonio o nueva convivencia marital. Cuestión distinta será ver cómo los tribunales interpretan estas nuevas causas de extinción ante el interés más necesitado de protección de los hijos menores.

La nueva redacción que el libro segundo aborda sobre el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores no permite, a mi parecer, llegar a la convicción de que a partir de su entrada en vigor y en todos los supuestos de falta de acuerdo, la autoridad judicial va a atribuir *ope legis* este derecho-deber de forma compartida. Que nadie se engañe.

Cierto es que la propia ley establece con carácter principal que la separación de los padres no altera las responsabilidades que tienen hacia sus hijos (art. 233-8). Obsérvese que parte de una obviedad, cual es la de reconocer que la responsabilidad de ambos es y debe seguir siendo compartida estén o no separados. Pero en relación a su ejercicio, gran caballo de batalla en muchos procedimientos contenciosos, establece que éste será compartido “en la medida que sea posible” (Art.233-8.1) o de manera individual “si conviene más al interés del menor (Art. 233-10.1); y este matiz no es baladí.

La autoridad judicial seguirá valorando el interés del menor en todo su contenido y extensión, así como la capacidad de los progenitores y la dedicación que los mismos han tenido durante los años de la convivencia familiar. Por tanto, **la regulación de la guarda y custodia en el Codi Civil de Cataluña no debe comportarnos una “relajación” en la defensa de los intereses de nuestro cliente/a, bajo la errónea consideración que con carácter preferente se atribuirá su ejercicio de forma compartida.**

Y lo mismo considero en cuanto a los procesos de modificación de medidas a que se refiere el legislador en las disposiciones transitorias tercera y cuarta de la Llei 25/2010 de 29 de julio. **No por la entrada en vigor de la nueva ley todas las guardas y custodias que se ejercen de forma individual van a poder modificarse *ope legis* de forma compartida**, a diferencia de las dos otras medidas relativas a la posibilidad de interesar la substitución de la pensión compensatoria acordada por un capital de bienes o en dinero o la substitución de la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda familiar por el abono de una prestación dineraria.

Ciertamente, **el libro segundo introduce por primera vez muchos de los criterios que hasta la fecha han venido constituyendo doctrina jurisprudencial en cuanto a determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda.** Ellos son los referidos en el artículo 233-11 <sup>1</sup>.

**Y me interesa destacar aquí, de entre todos ellos, los criterios referidos a la actitud de cooperación de los progenitores, en cuanto a criterio procedente y concurrente en la valoración del ejercicio compartido de la guarda.**

En el apartado a) del art. 233-11 se expone que para determinar el régimen y el ejercicio de la guarda, la autoridad judicial deberá tener en cuenta la “actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro con la finalidad de asegurar la máxima estabilidad a los hijos”.

Pues bien, estas líneas no tienen otro objetivo que analizar la interpretación de este criterio de conformidad a la doctrina asentada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

---

<sup>1</sup> **Article 233-11. Criteris per a determinar el règim i la manera d'exercir la guarda**

**1. Art. 233-11 C.C.CAT.** “1. Per a determinar el règim i la manera d'exercir la guarda, cal tenir en compte les propostes de pla de parentalitat i, en particular, els criteris i les circumstàncies següents ponderats conjuntament:

**a)** La vinculació afectiva entre els fills i cadascun dels progenitors, i també les relacions amb les altres persones que conviuen a les llars respectives. **b)** L'aptitud dels progenitors per a garantir el benestar dels fills i la possibilitat de procurar-los un entorn adequat, d'acord amb llur edat.

**c)** L'actitud de cadascun dels progenitors per a cooperar amb l'altre a fi d'assegurar la màxima estabilitat als fills, especialment per a garantir adequadament les relacions d'aquests amb tots dos progenitors. **d)** El temps que cadascun dels progenitors havia dedicat a l'atenció dels fills abans de la ruptura i les tasques que efectivament exercia per procurar-los el benestar. **e)** L'opinió expressada pels fills.

**f)** Els acords en previsió de la ruptura o adoptats fora de conveni abans d'iniciar-se el procediment. **g)** La situació dels domicilis dels progenitors, i els horaris i les activitats dels fills i dels progenitors”.

---



**2** Durante muchos años, muchos abogados hemos visto pretensiones de guarda y custodia compartida desestimadas, por cuanto, aún pese a acreditar la capacidad del progenitor y la idoneidad de la medida, los tribunales consideraban que “la ausencia de un canal fluido entre los progenitores” o “la conservación de la capacidad de diálogo entre los padres con cierto nivel de conflictividad” impedía un ejercicio compartido de la guarda de los hijos.

La propia naturaleza del proceso contencioso confundía fácilmente al juzgador y a su vez, dejaba en manos de una de las partes la facultad de impedir o de dificultar un diálogo con el otro progenitor, pervirtiendo el proceso muy a menudo mediante pruebas preconstituidas.

Las audiencias provinciales de Cataluña han mantenido criterios muy dispares, pero, en su globalidad, eran partidarias de no atribuir un ejercicio compartido cuando no había diálogo o cuando la capacidad de comunicación de los progenitores era insuficiente.

Diversas Sentencias de la Sección 12ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, seguidamente referidas, se referían a la “conflictividad entre los progenitores” para descartar la custodia compartida entendiendo tal conflicto cuando había “continuos enfrentamientos”, o se acreditaba una “relación hostil y tensa” entre ellos, o bien una “falta de comunicación necesaria” para ejercer la paternidad y maternidad.

En esta línea, se desestimaba el ejercicio compartido de la guarda y custodia:

**A - Cuando no existía un entendimiento entre los progenitores basado en principios de respeto y colaboración; (Sentencia dictada por la Sección 18ª de la Ilma. Audiencia provincial de Barcelona de fecha 31 de marzo de 2009, siendo ponente la Ilma. Sra. Mª José Pérez Tormo, Número de Resolución: 190/2009, Número de Recurso: 250/2008, Marginal: 08019370182009100161 (Base de datos Tirant on line) <sup>2</sup>.**

**B - Cuando la falta de comunicación derivaba de una situación de conflictividad extrema entre los progenitores, falta de superación de desavenencias personales, tensiones y hostilidad entre ellos (Sentencia de 22 de octubre de 2008, dictada por la Sección 12, ROLLO de apelación nº345/2008.-A, siendo ponente el Ilmo. Sr. Pascual Martín Villa (Base de datos Westlaw: JUR\2009\35824) <sup>3</sup>.**

**C - Cuando no existía comunicación para llegar a mínimos entendimientos, aún sin existir una relación hostil o conflictiva entre las partes. (Sentencia de 9 de octubre de 2006, dictada por la Sección 12, Sentencia 549/2006, recurso 331/06 siendo ponente la Ilma. Sra. Mª José Pérez Tormo (Base de datos DDB: 16771/2006) <sup>4</sup>.**

La Sala fundamenta la denegación de la guarda y custodia compartida por una falta de comunicación motivada por los continuos enfrentamientos de los padres, no por el mero hecho de estar ambos incurso en un proceso contencioso de familia <sup>5</sup>.

<sup>2</sup> *El supuesto de hecho es el siguiente: Se impugna por el padre la Sentencia dictada por el Juzgado de primera Instancia nº19 de los de Barcelona interesando la atribución de la guarda y custodia compartida de los hijos. La Sala, a propósito del fundamento de derecho segundo, confirma la custodia a favor de la madre por considerar que no existe entre los progenitores una falta de entendimiento suficiente basada en los principios de respeto y colaboración en un plano de igualdad.*

*Fundamento de derecho segundo: “El recurrente Sr. Carlos Jesús confunde en su pretensión la custodia compartida con otras modalidades diferentes, como la custodia alterna, cuya característica principal es el reparto del tiempo de los hijos comunes; mientras que la guarda y custodia compartida implica la asunción equitativa de las respon-*

*sabilidades, teniendo en cuenta las necesidades de los menores, la disponibilidad de tiempo de los progenitores, siempre presidida por la flexibilidad y el entendimiento entre aquéllos.*

*En el caso de autos no consta acreditado que las partes en la actualidad, puedan entablar una relación basada en los principios de respeto y colaboración, en un plano de igualdad entre ellos, que la guarda y custodia conjunta de los hijos requiere. La actitud que mantienen las partes dificulta que puedan garantizarse aquellas condiciones mínimas, y ello sin perjuicio de que si en el futuro logran superar sus diferencias puedan optar por un régimen de guarda y custodia compartida, en beneficio de sus hijos”.*



<sup>3</sup> “SEGUNDO.- Principiando por la solicitud del esposo de que en esta sede se declare la procedencia de reconocer como mejor régimen para la relación entre padres e hijos el previsto en el artículo 92 del Código Civil, se ha de precisar que dicho precepto en su apartado 5º establece que 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 progenitores lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento; disponiendo el mencionado artículo en su apartado 8º que, excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5º, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

La admisión de la posibilidad de que se decrete la guarda y custodia compartida a instancia de un progenitor, sin mutuo acuerdo -como acontece en el caso que nos ocupa, según el tenor literal de lo preceptuado en el apartado 8º del artículo 92 CC -, ha sido objeto de polémica, siendo valorada negativamente por amplios sectores sociales, que entienden que en los procesos contenciosos la guarda y custodia debe ser atribuida en exclusiva a uno sólo de los progenitores para evitar trastornos y conflictos que, sin duda, puede generar la atribución de la guarda conjunta.

En la práctica, el establecimiento de la guarda y custodia compartida es admitido expresamente por la normativa española, y así, como hemos visto, el artículo 92, 8º del Código Civil permite, aún cuando no exista mutuo acuerdo, establecer esta medida; sin embargo, se exige para ello

el informe favorable del Ministerio Fiscal, inexistente en el supuesto enjuiciado; pero es más, al plantearse un posible régimen de guarda y custodia compartida, resulta conveniente tener en cuenta la propia capacidad o aptitud de cada uno de los padres para asumir las obligaciones derivadas del régimen de guarda y custodia compartida, lo que implica la superación de desavenencias personales, tensiones y hostilidad entre los otrora cónyuges, así como para sostener una adecuada comunicación para adoptar las decisiones que redunden en beneficio y mejor interés de los menores.

Dada la conflictividad entre las partes en el caso que nos ocupa, y teniendo en cuenta que, por una parte, el digno representante del Ministerio Público se ha opuesto al recurso del padre, y, por otra, que existe un informe del SATAV del que resulta que cualquier cambio en el régimen de custodia respecto del establecido en la actualidad a favor de la madre podría resultar gravemente perturbador para los menores, se está en la necesidad de desestimar este aspecto del recurso de Don Ramón, sin perjuicio eso sí, de la idoneidad de cada uno de los cónyuges de manera independiente para ostentar la guarda y custodia de los menores, pero es cuando entran estos adultos en relación cuando surgen los constantes malos entendidos, hasta el punto de que el hijo menor, Santiago, afirma en la exploración judicial que le ha sido practicada que **sus dos progenitores son incapaces de comunicarse con normalidad**. Así las cosas, resulta evidente que debe ser desestimada la pretensión formulada por el padre en el sentido de pasar a disfrutar de una guarda y custodia compartida respecto de sus dos hijos menores Clara y Santiago, los cuales deben permanecer al cuidado de la madre como viene siendo una realidad desde el momento mismo de la ruptura matrimonial, y a fin de evitar efectos perturbadores en el desarrollo armónico de estos dos menores”.

<sup>4</sup> El supuesto de hecho que se analiza es el siguiente: Se atribuye en primera instancia la guarda y custodia de los hijos menores a la ma-

dre y la sala 18ª de la Audiencia provincial conoce del recurso que interpone la misma así como por el otro progenitor en reclamación de “la atribución de la guarda y custodia de los menores de forma compartida, y la obligación de ambos progenitores, como contribución a los alimentos de aquellos” –tercer fundamento-.

La Sala desestima el recurso interesado por el padre, tras considerar que no “existe comunicación entre ambos” debido a “los continuos enfrentamientos que incluso a veces son presenciados por los menores, lo que les comporta una dificultad importante para alcanzar mínimos acuerdos.

<sup>5</sup> Fundamento de derecho de tercero: .../... No se considera adecuado atribuir la guarda y custodia de forma compartida cuando, como en el caso de autos, los progenitores plantean continuos enfrentamientos, que en ocasiones son presenciados por los menores, quienes teniendo buena relación afectiva con ambos, se hallan en la tesitura que tener un conflicto de lealtades, como ocurre con Andrea, según informa el gabinete psicosocial, con el estrés que ello implica para la menor. **La comunicación entre las partes es inexistente, y no pueden llegar a los mínimos acuerdos**, como ocurre palmariamente, con la elección de colegio, que ha sido objeto de controversia. La diferencia de estilos educativos no puede considerarse perjudicial para los menores, que deben adaptarse a la realidad que le ha tocado vivir, pero esta situación no se considera idónea para acordar la guarda y custodia compartida que pretende el Sr. Ramón, pues ello implicarla tensiones y desacuerdos constantes entre las partes que como se ha constatado, serán de difícil concierto entre ellos, derivando la situación en una desarmonización constante para los menores, lo que evidentemente no puede redundar en su equilibrado desarrollo, que ambos progenitores deben procurar. Por todo ello procede desestimar este motivo del recurso desestimando la petición de atribución de la guarda y custodia compartida que solicita el demandado.



D - Cuando no existía una comunicación para alcanzar acuerdos económicos aún acreditarse la colaboración entre ambos a las necesidades materiales de los hijos. La Sentencia de fecha 8 de marzo de 2003 la sección 12ª la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, Rollo número 765/2006-A Sentencia número 165/2007, confirmó la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mollet, en el sentido de denegar la guarda y custodia compartida <sup>6</sup>.

Frente a esta línea jurisprudencial, concurría otra en virtud de la cual se consideraba que la custodia compartida no debía desecharse ante cualquier grado de conflicto de los padres si ésta resultaba beneficiosa por los menores aunque fuera imponiendo la mediación familiar o terapias educativas.

En este sentido, es de destacar la **Sentencia dictada por la Sección segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Girona de fecha 8 de julio de 2009, siendo ponente el Ilmo. Sr. José Isidro Rey Huidoro, Número de Resolución: 264/2009, Número de Recurso: 203/2009; Marginal: 17079370022009100205, Rollo de apelación civil: nº 203/2009 ( base de datos: Tirant on line).**

La situación de hecho que se analiza en la referida Sentencia es la siguiente. Por sentencia de divorcio se atribuye la guarda y custodia del hijo menor a favor de la madre. El padre recurre en apelación impugnando en primer lugar la atribución de la guarda y custodia del hijo común, e instando la guarda y custodia compartida que ya solicitó en primera instancia, coincidiendo en ello con la petición del Ministerio Fiscal. A propósito del fundamento de derecho primero, se advierte que la guarda y custodia compartida no es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento y, advierte, “que no es óbice para acceder a tal medida por el hecho de que los padres no tengan unas relaciones fluidas”. La Sala considera que “NO PUEDE SOSTENERSE DE FORMA AUTOMÁTICA Y LINEAL QUE ANTE LA FALTA DE UNAS RELACIONES NORMALIZADAS DE LOS PADRES LA INELUDIBLE CONSECUENCIA JURÍDICA SEA LA DE PROSCRIBIR LA CUSTODIA COMPARTIDA, pues ello podría conducir a que uno de los progenitores se empeñara en provocar desacuerdos y desavenencias para así utilizarlo como pretexto de improcedencia de la guarda y custodia compartida, que no desea” <sup>7</sup>.

En el mismo sentido, la **Sentencia dictada por la Sección segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Girona de fecha de 15 de abril de 2009, siendo ponente el Ilmo. Sr. José Isidro Rey Huidoro, Número de Resolución: 136/2009, Número de Recurso: 32/2009, Marginal: 17079370022009100128, Rollo de apelación civil: nº 32/2009, ( base de datos: Tirant on line).**

La situación de hecho que se analiza en la referida Sentencia es la siguiente. Por sentencia de divorcio se atribuye la guarda y custodia del hijo menor a favor de la madre. El padre recurre en apelación impugnando la atribución de la guarda y custodia de las hijas comunes, e instando la guarda y custodia compartida que ya solicitó en primera instancia. Así, Sala desestima el recurso tras considerar que “la mala relación entre los progenitores no se circunscribe a un hecho puntual, sino que ésta es patente, así lo destaca el órgano “a quo” tras observar el intento fallido de acordar

una guarda compartida, que quedó fuera del soporte informático de la vista; siendo además esta deplorable relación previa a la petición judicial de divorcio y no preconcebida a efectos de dificultar una guarda compartida, lo cual evidentemente no constituye el único ni el decisivo motivo para el rechazo de la medida”.

**Por tanto, la mala relación de los progenitores tampoco se contemplaba como presupuesto que debiera comportar de forma automática la no atribución de la guarda y custodia compartida <sup>8</sup>.**

<sup>6</sup> En el fundamento de derecho segundo, constituye único argumento para confirmar la sentencia impugnada el que no concurren acuerdos económicos aun la organización de ambos padres en el reparto del tiempo con sus hijos.

“.../...

SEGUNDO.- En cuanto a la guarda y custodia compartida que solicita el recurrente respecto de los hijos comunes, debe tenerse en cuenta que, tal como ha dicho esta Sala en diversas sentencias, es una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la mas frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro. Como ha puesto de manifiesto la psicología especializada, no tiene nada que ver la custodia compartida, basada en la coparentalidad responsable, con la custodia por períodos repartidos, caso al que se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional nº 4/2001 de 15 de enero, puesto que el contenido semántico del verbo repartir es muy distinto del de compartir. En muchos de los casos, confluyen otros conflictos en relación con las reivindicaciones de las partes sobre la vivienda, pago de alimentos o pensiones o liquidaciones del patrimonio común. La Ley 15/2005 de 8 de julio, en su art. 92, se establece que el Juez ha de indagar la idoneidad de cada uno de los progenitores con el régimen de guarda en el caso con-

creto. Deben ponderarse, entre otras, las circunstancias de carácter objetivo para acordar la modalidad de custodia mas adecuada al menor en concreto. Así, deben analizarse la disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos; el aseguramiento de la estabilidad del menor en relación con la situación precedente, procurando la continuidad en el entorno; las relaciones con la familia extensa, el colegio, los amigos o la ciudad o barrio; cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad; el rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación; la garantía del equilibrio psíquico del menor, para que no se vea afectado por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores, en su caso; la constancia de que queda deslindada la idoneidad de la custodia, con el interés por la obtención de réditos materiales indirectos, no confesados, como el uso de la vivienda o la percepción o ahorro de pensiones. **En el caso de autos si bien las partes han sabido ir organizándose en el reparto del tiempo del menor, de manera que tres o cuatro tardes a la semana Luis Manuel está con su padre y el resto de las tardes con su madre, no ha quedado acreditado que en otros temas, como el sistema económico, hayan podido llegar a acuerdos.** Es importante que para poder atribuir de forma compartida la guarda y custodia, las partes puedan llegar a acuerdos, sobre todo en temas de tan escasa importancia como quien asume el pago de los regalos de las fiestas de cumpleaños a las que acudiría el menor, cosa que no ha ocurrido en el presente caso, tal como quedó acreditado en el acto de la Vista, pues en otro caso, la necesaria

estabilidad y equilibrio que compar-  
tir la guarda del menor precisa se ve-  
ría alterada constantemente.

Por tanto esta Sala considera ade-  
cuado el sistema de guarda y custo-  
dia que ha fijado la sentencia, así  
como el amplio régimen de visitas  
paterno-filial asimismo acordado,  
por lo que debe desestimarse el re-  
curso planteado".

<sup>7</sup> "PRIMERO.- La sentencia de pri-  
mera instancia declara disuelto por  
divorcio el matrimonio entre los liti-  
gantes y establece las medidas perso-  
nales y económicas correspondientes y  
derivadas de dicha resolución.

Contra la misma interpone recurso

2008 "no cabe duda de que la lla-  
mada "custodia compartida" o con-  
junta por ambos progenitores pre-  
senta indudables ventajas para la  
evolución y desarrollo del niño en  
las situaciones de conflicto familiar  
producido por la ruptura matrimo-  
nial, **en la medida en que evita la  
aparición de los "conflictos de  
lealtades" de los menores para  
con sus padres, favorece la co-  
municación de éstos entre sí,  
aunque no sirva para disminuir  
las diferencias entre ellos -tam-  
poco puede afirmarse que las  
acentúe- y, en fin, coadyuva, por  
un lado, a visualizar la ruptura  
matrimonial como un conflicto**

cuanto a la ponderación de su apli-  
cación a cada caso explica que "su  
conveniencia es muy discutible cu-  
ando se trata de niños de corta edad  
(al respecto, la Declaración de los  
Derechos del Niño aprobada en la  
14ª Sesión Plenaria de la ONU de 20  
noviembre 1959 EDL 1990/15270  
recuerda que, "salvo circunstancias  
excepcionales, no debe apartarse al  
niño de corta edad de la ma-  
dre")...**Tampoco es adecuada en  
supuestos de conflictividad ex-  
trema entre los progenitores, es-  
pecialmente siempre que existan  
malos tratos, a causa de la con-  
tinua exposición del niño al en-  
frentamiento** -nosotros mismos nos

**AUTOMÁTICA Y LINEAL QUE  
ANTE LA FALTA DE UNAS RELA-  
CIONES NORMALIZADAS DE  
LOS PADRES LA INELUDIBLE  
CONSECUENCIA JURÍDICA SEA  
LA DE PROSCRIBIR LA CUSTO-  
DIA COMPARTIDA, pues ello po-  
dría conducir a que uno de los pro-  
genitores se empeñara en provocar  
desacuerdos y desavenencias para  
así utilizarlo como pretexto de im-  
procedencia de la guarda y custodia  
compartida, que no desea.**

Por ello, lo procedente es valorar caso  
por caso, atendiendo a lo más ade-  
cuado para el interés de los menores  
y no a la conveniencia de los padres".



de apelación el demandado Dn. Por-  
firio impugnando en primer lugar la  
atribución de la guarda y custodia  
del hijo común Higinio que contaba  
17 años de edad en la fecha de la  
Sentencia de primera instancia, a la  
madre, e instando la guarda y custo-  
dia compartida que ya solicitó en pri-  
mera instancia, coincidiendo en ello  
con la petición del Ministerio Fiscal.  
Se adhiere al recurso en este sen-  
tido el Ministerio Fiscal, desta-  
cando las circunstancias que voca-  
cionan tal petición.

Debe ser acogido este primer motivo  
del recurso, porque dada la edad del  
hijo menor, 17 años, la voluntad ex-  
presada en el sentido del deseo de  
guarda compartida por parte de éste  
y la buena relación que mantiene con  
ambos progenitores, no se advierte  
óbice para acceder a tal medida por  
el hecho de que los padres no tengan  
unas relaciones fluidas, pues como  
sostiene la Jurisprudencia del Tri-  
bunal Superior de Justicia de Cata-  
lunya en Sentencia de 31 de julio de

**en el que no existen vencedores y  
vencidos ni culpables e inocen-  
tes, y por otro, a concebir el re-  
parto equilibrado de cargas de-  
rivadas de la relación paterno  
filial como algo consustancial y  
natural, y no como algo eventual  
o accidental, favoreciendo la im-  
plantación en los hijos de la idea  
de la igualdad de sexos...** Sin em-  
bargo, no puede afirmarse que la  
custodia compartida constituya una  
solución única que valga para todos,  
sin perjuicio de que de lege ferenda  
pudiera construirse en el futuro  
como una solución preferencial,  
como viene haciéndose en otros pa-  
íses de nuestro entorno, aunque tam-  
poco puede afirmarse que dicha so-  
lución radique en el sistema de la  
custodia monoparental acompañado  
de un régimen de visitas más o me-  
nos amplio, que es el que inexorable-  
mente viene imponiéndose en la gran  
mayoría de las sentencias dictadas  
en los últimos años por los Juzgados  
y las Audiencias Provinciales de nu-  
estra Comunidad Autónoma...". En

pronunciamos en tal sentido en la S  
TSJC 2/2007 de 26 febrero-, en cuyo  
caso la ponderación de los intereses  
en juego, en especial los del niño,  
debe ser extremadamente cuidadosa  
y subordinada a la protección jurí-  
dica de la persona y de los derechos  
de personalidad de los menores afec-  
tados (A TC 336/2007 de 18 julio);  
**sin que ello signifique, sin em-  
bargo, que deba desecharse  
frente a cualquier grado de con-  
flictividad y que no deba procu-  
rarse su implantación cuando  
resulta beneficiosa para los me-  
nores, aunque sea imponiendo  
en determinados casos la media-  
ción familiar o terapias educa-  
tivas (art. 79.2 CF)".**

Resultando incuestionado que la si-  
tuación ideal es que los progenitores  
tengan una comunicación fluida y  
lleguen a acuerdos en todo aquello  
que afecte a los hijos, de forma que  
las discrepancias propias de toda  
ruptura de pareja no se proyecten so-  
bre ellos. **PERO TAMPOCO SE  
PUEDE SOSTENER DE MANERA**

<sup>8</sup> Así se expone en el fundamento de  
derecho segundo de la Resolución:  
"SEGUNDO.- Sin embargo lo que en  
el recurso se plantea como una me-  
dida ajustada a la normalidad no  
tiene en cuenta otros aspectos en ab-  
solutamente despreciables que no son teni-  
dos en cuenta por quien recurre y  
que avalarían en principio el rech-  
azo de la guarda compartida como  
medida que permita razonablemente  
establecer dicha medida.

Así, **la mala relación entre los  
progenitores no se circunscribe  
a un hecho puntual, sino que  
ésta es patente, así lo destaca el  
órgano "a quo" tras observar el in-  
tento fallido de acordar una guarda  
compartida, que quedó fuera del so-  
porte informático de la vista; siendo  
además esta deplorable relación  
previa a la petición judicial de di-  
vorcio y no preconcebida a efectos de  
dificultar una guarda compartida,  
lo cual evidentemente no constituye  
el único ni el decisivo motivo para el  
rechazo de la medida".**

En el mismo sentido que las Sentencias dictadas por la sección segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Girona, y muy sorpresivamente, **la Sección 12ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, por Sentencia de 27 de mayo de 2009, y siendo ponente el Ilmo. Sr. Pascual Martín Villa, (Recurso de apelación número 776/08, Número de Resolución: 353/2009, Marginal: 08019370122009100333, (Base de datos: tirant on line), vino a considerar igualmente que no todo grado de conflictividad debía descartar la custodia compartida.**

El supuesto de hecho analizado es el siguiente. El Juzgado de Primera Instancia nº2 de Granollers atribuye la guarda y custodia de los hijos a la madre, impugnando dicho pronunciamiento el padre ante la Audiencia Provincial de Barcelona. La Sentencia analiza en su fundamento de derecho segundo, la necesidad de ponderar las circunstancias de cada caso sin que la guarda y custodia compartida *“deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas (art. 79.2 CF)”*.

En efecto, la Sentencia revoca la dictada en primera instancia en virtud de la cual se había atribuido los derechos de guarda y custodia de los hijos de 7 y de 13 años de edad a la madre, para atribuirlos de forma compartida a ambos progenitores.

Y es a propósito del fundamento de derecho de tercero de la Sentencia cuando se manifiesta que:

“.../.../”

**3. Pasando al análisis del caso concreto que aquí nos ocupa, es de sentar, siguiendo los dictados del Ministerio Fiscal -que actúa en interés de los menores- expuestos en el acto de la vista de la apelación, tras informar favorablemente acerca de la custodia compartida solicitada por el padre de los niños, una vez ha detallado las distintas ventajas e inconvenientes propios y específicos del supuesto de autos, que son altamente superiores aquéllas frente a éstos, pues si bien pueden existir dudas por la falta de acuerdos y de consenso en el quehacer cotidiano, no hay que olvidar, ni ignorar, que la conflictividad que puede comportar la disparidad de criterios educativos y de estilos de vida de los dos progenitores también puede perjudicar al menor/a los menores en un sistema de custodia exclusiva, y lo cierto es que con la custodia compartida se producen grandes beneficios para los hijos en el presente caso, máxime cuando ya se ha llevado a término una alternancia en la guarda de éstos, al haberla ostentado el padre durante 13 meses consecutivos, desde el dictado del auto de medidas provisionales hasta la fecha de la sentencia aquí apelada, de fecha 31 de enero de 2005, en la que se otorgó la guarda y custodia a la madre, quien la sigue teniendo desde entonces, esto es, hace 24 meses, que el transcurso del tiempo y el hecho de haber accedido ambos progenitores a someterse a mediación ha limado en gran manera las asperezas y acritudes habidas al principio de la ruptura de la convivencia, hasta el punto de que los dos padres, que se implican mucho en el cuidado y educación de sus hijos, comparten tutorías en el colegio en donde éstos cursan sus estudios, a cuyo lugar han acudido prácticamente a diario para poderse comunicar con ellos, sin poder obviar, asimismo, que los dos progenitores gozan de capacitación y aptitud suficiente y adecuada para ostentar la custodia de sus hijos”**.

La Sentencia establece una larga exposición de motivos que aún la oposición de la madre, aunque las partes residen en dos localidades distintas, se acuerda la guarda compartida en interés de los menores.

Finalmente, la Sentencia dictada por la misma Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de enero de 2006, siendo ponente la Ilma. Sra. Maria Dolors Viñas Maestre, (Sentencia nº 23/2006, recurso de apelación nº 262/2005, confirmaba la custodia exclusiva de los hijos a favor de la madre tras considerar que la “situación hostil y de conflicto de los progenitores va más allá de los límites normales y de una situación de crisis.

Se establece muy razonadamente en la Sentencia que no todo conflicto de los progenitores debe considerarse perjudicial a la estabilidad de los hijos; se reconoce que ésta está vinculada a la ausencia de conflictividad de aquéllos, quienes deben procurar de preservar la mala relación dentro de unos límites razonables, añadiendo que *“Deben tenerse en cuenta para resolver lo que el interés de los hijos menores requiere, otras circunstancias, tales como la presencia de ambos progenitores en la vida de los mismos constante la convivencia, la posibilidad de mantener dicha presencia de manera que sea compatible con la convivencia por separado de los dos padres, que ambos padres sean capaces, dentro de unos límites razonables, de preservar a los hijos de la ruptura, aunque dicha circunstancia también debería exigirse en los regímenes de custodia exclusiva con derecho de visitas, y sin embargo la casuística de estos casos es múltiple en nuestros tribunales, sin que por ello se cuestione la bondad del sistema”*<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> En el presente supuesto, la Sala advierte que la conflictividad de los progenitores va más allá de lo razonable en una crisis de ruptura familiar desestimando por ello la custodia compartida de los hijos.

“.../.../”

La sentencia afirma que ambos progenitores tienen capacidad para ejercer de una forma adecuada y conveniente la guarda y custodia de las niñas. Dicho criterio es compartido por esta Sala, si nos atenemos a la capacidad genérica o posibilidad real de cuidar a las niñas, en tanto no se aprecia existencia de alteración alguna de personalidad o deficiencia personal que les incapacite para cuidar a las menores. De las pruebas practicadas se desprende que durante la convivencia matrimonial, ambos progenitores participaban de una forma activa en el cuidado de las niñas. El horario laboral de la madre, que trabajaba en la empresa común, le permitía una mayor dedicación a sus hijas y así se desprende de los informes aportados, que era la madre la que recogía a las niñas por la tarde en el centro escolar y la que las acompañaba al taller de

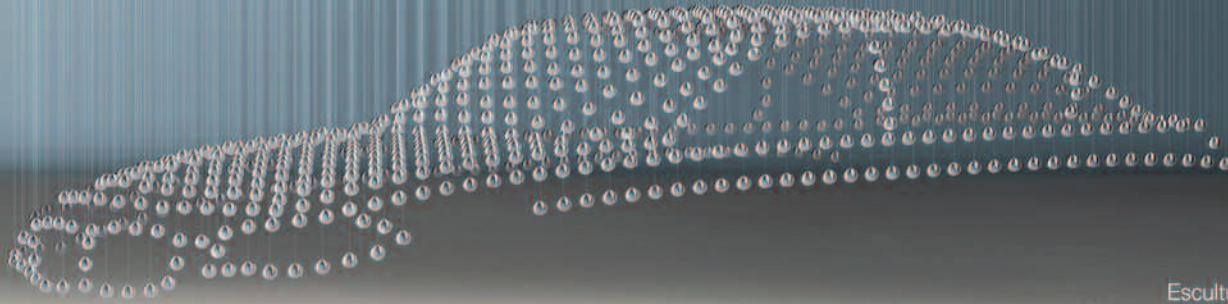
Música de Badalona, así como realizaba el acompañamiento de las menores a algunas visitas médicas, pero dicha dedicación no excluye la dedicación paterna que también realizaba el acompañamiento de las niñas a algunas de las visitas médicas junto con la madre y participaba regularmente en el procedimiento de seguimiento escolar. Los informes psicológicos aportados por ambas partes y las manifestaciones vertidas por las psicólogas en la vista, ponen de relieve la existencia de vinculación afectiva de las dos mayores con el padre, aunque aparece como principal figura de referencia la madre. Respecto a la más pequeña no consta valoración psicológica. Los dos informes psicológicos coinciden en la existencia de ansiedad en las menores producida por la separación. La psicóloga aportada por la madre, desaconseja el sistema de custodia compartida alegando que las niñas necesitan estabilidad y tranquilidad, que el estado de ansiedad es importante y **que dicha ansiedad tiene por causa la hostilidad existente entre los padres**. La psicóloga del padre manifiesta que es aconsejable la custodia compartida, aunque reconoce

Nuevo BMW Serie 5

523i  
528i  
535i  
550i  
520d  
525d  
530d



¿Te gusta conducir?



Escultura Cinética BMW  
Museo BMW / Munich, Alemania

# LA INSPIRACIÓN NO SIEMPRE ES EFÍMERA

La inspiración puede llegar en cualquier momento y desaparecer tan rápido como vino. Es caprichosa, se presenta sin avisar y convierte un momento fortuito en un instante mágico. Como el escultor da forma a un momento de belleza, nuestros diseñadores han conseguido recoger toda esa belleza en cada detalle del nuevo BMW Serie 5. Una obra maestra de ingeniería que combina innovación y diseño. El Sistema Park Assist, que avisa si hay espacio suficiente para estacionar y aparca por sí mismo; o la Dirección Integral Activa, que asegura mayor estabilidad a mayor velocidad y más agilidad cuando el ritmo es menor, son tan sólo algunos detalles de lo que puede nacer de la inspiración. Con el nuevo BMW Serie 5, ahora la inspiración también se puede conducir.

## NUEVO BMW SERIE 5. DISEÑADO PARA INSPIRAR

**BMW EfficientDynamics**  
Menor consumo. Mejores prestaciones.



### Pruna Motor

Ctra. C-17, km 19,060  
Tel.: 938 61 89 23  
Granollers  
[www.pruna.bmw.es](http://www.pruna.bmw.es)



Emisiones de CO<sub>2</sub>: desde 129 hasta 243 g/km. Consumo promedio: desde 4,9 hasta 10,4 l/100 km.

**3** Este era el panorama jurisprudencial, hasta que el **Tribunal Superior de Justicia de Cataluña** por Sentencias de 3 y 8 de marzo del 2010 (Sentencia número 9 de 3 de marzo de 2010, recurso de casación núm. 152/2008, siendo ponente el Ilmo. Sr. Don Carlos Ramos Rubio y la Sentencia núm. 10 de 8 de marzo de 2010, recurso de casación núm. 47/2009 siendo ponente Ilm. Sr. Don Francisco José Valls Gombau) **ha venido a confirmar que no toda conflictividad de los progenitores o diferencia educativa va a dificultar la atribución de la guarda y custodia compartida de los hijos.**

A propósito del primer fundamento de derecho de la Sentencia de 8 de marzo del 2010, se expone que:

*“... a) no hi ha dubte que la situació ideal és que els progenitors tinguin una comunicació fluïda i arribin a acords en tot el que afecti els fills. Però no pot sostenir-se de manera automàtica que davant d'una situació de conflictivitat no es pugui optar per la guarda i custòdia compartida. En cada cas, s'haurà d'examinar la seva pertinència amb la finalitat de valorar el més adequat per als interessos dels menors, no dels pares. I afegeix que, en realitat el que existeix en el cas que ens ocupa és una falta de comunicació, sense que s'aprecii cap tipus de maltractament, ni tampoc una situació límit, o que no es pugui revertir amb una mica de bona voluntat.../...”*

De lo expuesto, se deduce que no toda posición de conflicto, no toda falta de capacidad de diálogo entre los progenitores o sus diferencias educativas, va a ser, ni debe así considerarse, un criterio para denegar de forma automática la guarda compartida si ésta es adecuada al interés de los hijos y sin perjuicio de concurrir otras circunstancias de comportamiento de los progenitores que afecten a su capacidad personal para el ejercicio eficaz de este derecho deber.

En estos términos considero que deberá interpretarse el artículo 233-11. 1. c) del Codi civil de Catalunya, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda acordar, en Sentencia definitiva, otras medidas de carácter educativo o de carácter social-terapéutico para cualquier progenitor, tal y como sugieren las recomendaciones del Consejo de Europa a sus Estados Miembro (2006) para el desempeño de una parentalidad positiva <sup>10</sup>.

Pero como siempre, estará por ver cómo y de qué manera nuestros tribunales empiezan a interpretar todos y cada uno de los criterios a que se refieren en el nuevo libro del Codi Civil de Catalunya. ❧

*que las niñas están viviendo una situación de inquietud bastante importante porque la relación entre los padres no es buena. De todo ello se desprende que la ruptura matrimonial esta repercutiendo en las menores de forma negativa y que su estado emocional se ve afectado por la conflictividad existente entre los padres. En otro orden de cosas, cabe destacar, que el padre no cumple con las cantidades que se le fijaron en el auto de medidas provisionales y que fueron confirmadas posteriormente en la sentencia que ahora se apela. El incumplimiento ha sido total desde que se dictó el auto de medidas provisionales, y a tenor de la capacidad económica del padre, que se desprende de las actuaciones, como se examinará en los fundamentos jurídicos siguientes, dicho impago o incumplimiento es totalmente injustificado. El padre está sometiendo a la madre e hijas a una presión y ahogo económico que resulta incompatible con el interés manifestado en el proceso y en esta alzada para solicitar la custodia de las niñas. Desde que se han iniciado los procedimientos legales, las denuncias penales por mal tratos, amenazas, se han sucedido una detrás e otra. **La conflictividad u hostilidad existente entre ambos progenitores va mas allá de la que podría derivarse, dentro de unos límites razonables, de una ruptura o crisis matrimonial y de la desestimación judicial de la petición de custodia compartida formulada por el padre. Existen indicios suficientes, derivados todos ellos de la conducta incumplidora del padre, de que la motivación de la petición de la guarda y custodia, es predominantemente económica, al ir vinculada dicha medida a la de la atribución del uso del domicilio familiar y la de abonar una pensión de alimentos. A mayor abundamiento, cabe valorar la incidencia que en el equilibrio emocional de las niñas esta teniendo el comportamiento del padre, que coloca de forma consciente a las niñas, especialmente a la mayor, en un conflicto de lealtades, apareciendo como la parte mas perjudicada por la separación. En definitiva, en este supuesto, se considera perjudicial para las menores un sistema***

*de custodia compartida, cuya petición por parte del apelante no obedece al interés de las menores, ni al derecho legítimo del padre a compartir el cuidado de las niñas, sino a otros intereses ajenos preferentemente crematísticos, por lo que procede desestimar el motivo de la apelación manteniendo la custodia materna acordada en la sentencia”*

<sup>10</sup> La dimensión pública que adquiere la familia por contribuir a la protección de los menores, a sostener el bienestar personal y social y la formación de la ciudadanía a través del cumplimiento de sus funciones educativas, de socialización y asistenciales, ha llevado al Parlamento Europeo y al Consejo de Europa a formular recomendaciones a los Estados Miembro para que estimulen medidas de apoyo a las familias. En dichas recomendaciones se indica la necesidad de conjugar acciones integradas y coordinadas de todos los sectores sociales con la finalidad de contribuir a mejorar la calidad de la convivencia familiar, a proteger los derechos de los niños, y con ello a construir un futuro próspero de la sociedad. De ahí, que el European Social Charter (ETS No. 163) formule en su artículo 16 que “la familia, como unidad básica fundamental de la sociedad, tiene derecho a recibir apoyo y protección social, legal y económica para asegurar todo su potencial de desarrollo”, un principio inspirador a la reciente Ley 14/2010 de 27 de mayo dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència.