



Roj: STSJ CAT 1943/2012
Id Cendoj: 08019310012012100019
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Barcelona
Sección: 1
Nº de Recurso: 132/2011
Nº de Resolución: 18/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA EUGENIA ALEGRET BURGUES
Tipo de Resolución: Sentencia

SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Sala Civil y Penal

R. Casación y extraordinario por infracción procesal nº 132/2011

SENTENCIA Nº 18

Presidente:

Excmo. Sr. D. Miguel Angel Gimeno Jubero

Magistrados:

Ilma. Sra. D^a. M^a Eugènia Alegret Burgués

Ilma. Sra. D^a. Núria Bassols i Muntada

Barcelona, 23 de febrero de 2012

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan mas arriba, ha visto el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal núm. 132/2011 contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 18^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 704/10 como consecuencia de las actuaciones de divorcio núm. 623/09 seguidas ante el Juzgado de 1^a Instancia núm. 51 de Barcelona. El Sr. Hilario ha interpuesto sendos recursos, representado por el Procurador Sr. Angel Quemada Cuatrecasas y defendido por la Letrado Sra. Pilar Mañé Tarragó. La Sra. Clemencia , parte recurrida en este procedimiento, ha estado representada por la Procuradora Sra. Beatriz de Miquel Balmes y defendida por la Letrado Sra. Silvia Cuatrecasas. Con la debida intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Procuradora de los Tribunales Sra. Beatriz de Miquel Balmes, actuó en nombre y representación de la Sra. Clemencia formulando demanda de divorcio núm. 623/09 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Barcelona. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó sentencia con fecha 23 de diciembre de 2009 , la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente:

"ESTIMO la demanda presentada por la Procuradora Beatriz de Miquel Balmes en representación de Clemencia contra Hilario representado por el Procurador Angel Quemada Cuatrecasas y declaro disuelto por causa de divorcio el matrimonio de los referidos cónyuges con todos los efectos legales y en especial los siguiente:

Atribuyo la custodia de los hijos comunes menores de edad a la madre compartiendo la patria potestad con el padre. Este estará con los hijos en la forma que ambos progenitores pacten y en caso de discrepancia, los fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes a la entrada al mismo el lunes, ampliándose al día anterior o posterior en el supuesto que el viernes o lunes sean festivos, los miércoles desde la salida del colegio hasta su entrada al mismo el jueves y la mitad de las vacaciones escolares de navidad, semana santa y verano, el primer periodo los años pares y el segundo los impares.

El padre pagará en concepto de alimentos a favor de los tres hijos que quedan con la madre la suma de 2.000 euros mensuales para cada uno de ellos, la totalidad de las actividades extraescolares que de común acuerdo establezcan y los gastos extraordinarios, así como los gastos de las dos hijas mayores que con él conviven. Estas pensiones se pagarán por meses anticipados en la cuenta designada por la madre y se revisarán anualmente de conformidad con las variaciones del IPC.

Atribuyo a la actora el uso del domicilio **familiar**.

Establezco a favor de la esposa una pensión compensatoria de 2.500 euros mensuales durante CINCO AÑOS a pagar por meses anticipados en la cuenta designada por ella.

No procede pronunciamiento sobre lo demás solicitado ni sobre las costas procesales".

Segundo.- Contra esta Sentencia, la parte demandada interpuso recurso de apelación, que se admitió y se sustanció en la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona la cual dictó Sentencia en fecha 10 de mayo de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

"SE DESESTIMA el recurso de apelación formulado por la representación de Dª. Clemencia y SE ESTIMA EN PARTE el recurso formulado por la representación de D. Hilario , contra la sentencia dictada en fecha 23 de diciembre de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Barcelona en autos de Divorcio nº 623/2009, de los que el presente rollo dimana y en consecuencia SE REVOCA EN PARTE la expresada resolución en el pronunciamiento relativo a la guarda y custodia de la hija Patricia y pensión de alimentos de la misma, ACORDANDO, que la guarda de Patricia corresponde a ambos progenitores de forma compartida por semanas, sin perjuicio de que los padres acuerden otra distribución, y que el padre debe abonar a la madre en concepto de alimentos para dicha menor la suma de 500 euros mensuales en los términos establecidos, manteniendo en su integridad todas las demás medidas acordadas en la sentencia, todo ello sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes".

Tercero.- Contra esta Sentencia, el Procurador Sr. Angel Quemada Cuatrecasas en nombre y representación Don. Hilario , interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal que por auto de esta Sala, de fecha 3 de noviembre de 2011 , se admitió a trámite dándose traslado a la parte recurrida y personada, y al Ministerio Fiscal para formalizar su oposición por escrito en el plazo de veinte días.

Cuarto.- Por providencia de fecha 9 de enero de 2012 se tuvo por formulada oposición al recurso de casación y de conformidad con el art. 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se señaló para su votación y fallo que ha tenido lugar el día 16 de febrero de 2012.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dª. Mª Eugènia Alegret Burgués.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia dictada en segunda instancia por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el procedimiento de divorcio contencioso seguido en su día ante el Juzgado de Primera Instancia nº 51 de los de Barcelona a instancia de la esposa Sra. Clemencia contra el Sr. Hilario , es recurrida por la defensa de éste último que interpone frente a la misma recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. Fue admitido el recurso en función de la cuantía.

La parte recurrida estima que el asunto no tiene la cuantía requerida por el artículo 477,2.2º de la LEC , para poder acceder al recurso de casación en el momento de interposición del recurso, por cuanto los alimentos de los menores no alcanzarán los 10 años que el artículo 251,7 de la LEC 1/2000 contempla. Tales alegaciones no pueden ser atendidas puesto que lo que fija la cuantía a los efectos del recuso de casación son las cuestiones debatidas en segunda instancia y en el presente caso, además de desconocerse en qué tiempo dejarán de pagarse los alimentos, la parte hoy recurrida reclamó la suma de un millón de euros de indemnización al amparo del art. 41 del CF , lo que por sí solo, con independencia de lo reclamado por el Sr. Hilario o que luego la Sra. Clemencia se conformase con la sentencia, implica que el asunto exceda de la cuantía requerida por el art. 477,2.2º LEC en su anterior redacción.

SEGUNDO.- Recurso extraordinario por infracción procesal.

En el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del artículo 469.1.2 de la LEC , se denuncia formalmente la vulneración de las normas legales que rigen la valoración de la prueba. A continuación se dicen infringidos el art. 457,1 a 3, el art. 458. 1 y 2, así como el art. 461, todos de la LEC , "...por la denegación de la Sala a entrar en el examen de los pronunciamiento de derecho dispositivo y no dispositivo impugnados por esta parte junto con el recurso de oposición a la apelación y vulneración

del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva -en su vertiente del derecho a recurrir- establecido por el artículo 24 de la CE " (sic).

Evidentemente el motivo del recurso extraordinario viene formulado de forma defectuosa en tanto que del desarrollo del mismo, en relación con las normas que se dicen infringidas, se infiere que no cabe en las previsiones del artículo 469. 1 , 2º de la LEC , que trata de la infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Lo que se denuncia en el mismo es que la Sala de apelación tuvo por no formulada la impugnación de la sentencia que, en el escrito de oposición al recurso de apelación presentado por la otra parte, pretendió la parte hoy recurrente, no entrando a conocer de la impugnación salvo en lo relativo a la guarda y custodia de los menores por estimar que ello era posible, incluso de oficio.

La vía adecuada sería la prevista en el artículo 469.1.3º de la LEC , esto es, por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinase la nulidad conforme a la ley o hubiese podido producir indefensión. En el caso de que se estimase que la Sala de apelación debió entrar a conocer de la impugnación de la sentencia pretendida por el Sr. Hilario lo adecuado sería declarar la nulidad de la misma, pues el órgano de casación no podría *per saltum* conocer del recurso de apelación en que consiste, en puridad, la impugnación.

Con todo, visto que también se cita como infringido el art. 24 de la Constitución Española al que se refiere el apartado 4º del nº 1 del art. 469 LEC , en el que podría incluirse la infracción del principio de tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a recurrir, procederemos a su análisis.

Según resulta de lo actuado, frente a la Sentencia de primera instancia prepararon ambas partes sendos recursos de apelación.

El hoy recurrente lo hizo respecto a los pronunciamientos contenidos en el fallo relativos a la desestimación de la atribución de una guarda y custodia compartida o alterna entre ambos padres respecto de los tres hijos menores de edad; la desestimación del régimen de visitas solicitado, independientemente del sistema de guarda y custodia fijado; la desestimación de la petición de reducción de pensión alimenticia solicitada; la desestimación de la petición de contribución de la madre a la pensión alimenticia de las hijas mayores de edad, que conviven con su padre y la desestimación de la petición de no fijación de pensión compensatoria a favor de la esposa. La Sra. Clemencia preparó la apelación en cuanto al pronunciamiento sobre la "pensión indemnizatoria" (sic).

En el plazo para interponer los recursos solo formalizó la apelación la Sra. Clemencia que añadió a su inicial pretensión otras nuevas respecto de la pensión por alimentos de los hijos y de la pensión compensatoria en su día acordada. El Sr. Hilario dejó transcurrir el plazo para la interposición de la apelación por lo que su recurso fue declarado desierto por el Juzgado en resolución de fecha 13 abril de 2010. Sin embargo al oponerse al recurso de apelación de la parte contraria aprovechó el trámite para impugnar la sentencia por los mismos motivos que en su día había preparado el recurso si bien cambiando una de las peticiones relativas a la guarda y custodia de los tres hijos menores de edad en función de que una de las hijas vivía de facto con el padre, razón por la cual interesaba la concesión de su guarda y custodia en exclusiva.

La sentencia de apelación ni admitió que la Sra. Clemencia pudiese ampliar su apelación en el escrito de interposición del recurso ni tampoco que el Sr. Hilario aprovechase el trámite de la oposición para impugnar la sentencia por prácticamente los mismos motivos por los que en su día preparó el recurso que luego fue declarado desierto, aunque resolvió la cuestión relativa a la guarda y custodia de los menores.

El Sr. Hilario combate ese pronunciamiento invocando la infracción de los artículos que regulaban, antes de la reforma operada por la Ley 37/2011, el trámite de preparación del recurso de apelación y el de interposición.

El motivo debe ser rechazado por las razones que a continuación se exponen.

TERCERO.- La posibilidad de impugnar la Sentencia en el escrito de oposición al recurso de apelación presentado por la otra parte la otorga la ley a quien no siendo inicialmente apelante decide, a la vista de la interposición del recurso por la otra parte, combatir la sentencia -que en el caso de ser estimado el recurso contrario podría serle más perjudicial- interesando su revocación y su sustitución por otra que le pueda ser más favorable.

Sin embargo, ha declarado el Tribunal Supremo en las sentencias que menciona la sentencia recurrida, que tal derecho -que se configura procesalmente como una nueva apelación no subordinada a la del apelante primero- viene concedido por la ley únicamente a quien inicialmente no había apelado sin que pueda servir,

consecuentemente, para subsanar defectos de un anterior escrito de apelación ni tampoco para revivir un término ya agotado por un acto propio de la parte.

De este modo, tal doctrina opera, no solo cuando la parte que pretende impugnar la sentencia hubiese interpuesto un recurso de apelación, sino también cuando habiéndolo preparado, luego deja transcurrir el plazo fijado en la ley sin interponerlo, provocando la declaración de desierto. De conformidad con el artículo 458, 2 de la LEC, declarado desierto el recurso quedará firme la resolución recurrida y se impondrán las costas causadas si las hubiese. El recurso interpuesto por la otra parte impidió lógicamente, en este caso, declarar la firmeza de la sentencia pero no el pronunciamiento sobre costas al recurrente (no existente en la resolución) que tiene ya cerrada toda posibilidad legal de formular, de nuevo, el recurso en otro momento procesal.

Es cierto que la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en Sentencias de 13 y 18 de enero de 2010 no se refiere a casos iguales al analizado pero su filosofía puede y debe ser aplicada como así ha hecho el propio Tribunal Supremo en un caso, este sí, idéntico al presente en la Sentencia de 30-1-2012 (rec 275/2009).

Dice al efecto el TS que: *"Del artículo 461.2 LEC se desprende que la impugnación de la sentencia sólo puede plantearla "quien inicialmente no hubiera recurrido", y esta condición no la tenía el recurrente que preparó el recurso de apelación, que luego se declaró desierto, y que no puede subsanarlo después mediante la impugnación, entre cuyas funciones no está la de corregir las omisiones o incumplimientos padecidos al formular el recurso de apelación."*

Contrariamente a lo alegado, la Sala de apelación ha hecho cabal aplicación de todos los artículos que el recurrente estima infringidos.

CUARTO .- En el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal y bajo igual enunciado que el anterior: "Infracción de las normas reguladoras de la sentencia (art. 469. 1.2 de la LEC). Vulneración de las normas legales que rigen la valoración de la prueba. Infracción del art. 218,2 por ausencia de motivación e infracción del art. 326 respecto de la prueba documental respecto de la pensión de alimentos a cargo del Sr. Hilario ", se pretende combatir la Sentencia de apelación en lo que atañe a la cuantía de los alimentos fijados en su día para los dos hijos menores cuya guardia y custodia no fue alterada en la sentencia de apelación.

El motivo se encuentra abocado igualmente al fracaso tanto por razones de forma como de fondo.

En orden a la primera hemos declarado reiteradamente, siguiendo al efecto la doctrina del Tribunal Supremo, que el art. 218,2 de la LEC se refiere a la motivación que necesariamente deben contener las sentencias, que debe ser la suficiente para que puedan advertirse las razones fácticas y jurídicas que han llevado a acoger o desestimar las pretensiones objeto del pleito. Su infracción debe ser denunciada por la vía del art. 469,1.2 de la LEC .

De igual modo hemos declarado que la valoración de las pruebas practicadas en la litis corresponde al tribunal de instancia y solo excepcionalmente a través del nº 4 del art. 469, 1, por infracción del artículo 24 de la Constitución , podría considerarse en sede de recurso extraordinario por infracción procesal.

Esta es la línea que ha venido sosteniendo reiteradamente el Tribunal Supremo en esta materia (Sentencias de fechas 12 de mayo de 2006 , 28 de noviembre de 2007 , con cita de las de 8 de abril de 2005 , 29 de abril de 2005 , 9 de mayo de 2005 , 16 de junio de 2006 , 23 de junio de 2006 , 28 de julio de 2006 , 29 de septiembre de 2006 y 16 de marzo de 2007 , entre las más recientes), que reduce el examen relativo a la valoración de la prueba en esta sede a problemas de infracción, en concreto, de una regla legal de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad.

De otra parte, tampoco cabe confundir los defectos de motivación con la corrección de la valoración probatoria pues una cosa es explicar las razones por las que el Tribunal llegó a identificar el supuesto de hecho al que la norma vincula la consecuencia jurídica y otra distinta que hayan sido correctamente valorados los medios de prueba que dieron lugar a la convicción judicial, alegaciones que, en su caso, deberían integrar otro motivo de recurso extraordinario, no interpuesto en el supuesto examinado.

En consecuencia, no puede ser objeto de este motivo la errónea consideración que de las pruebas documentales, en general, sostiene el recurrente se ha producido en la sentencia combatida pues el art. 218,2 de la LEC solo se refiere a la motivación.

Como se deduce de los anteriores fundamentos jurídicos la Sala solo entró a examinar el recurso del hoy recurrente respecto de una única cuestión: la relativa a la guarda y custodia de los menores sobre la cual se había practicado prueba en la segunda instancia. La Sala argumentó que esta materia era de indudable

orden público al hallarse vinculado el Tribunal únicamente por el interés superior de los menores, razón por la que entendió podía adoptar aquellas medidas que estimase oportunas en su beneficio.

Sobre dicha base la Sala de apelación realizó un pormenorizado análisis de las pruebas practicadas y de la exploración judicial llegando a la conclusión que lo más beneficioso era que los dos hijos menores, Marta y Fco. Javier, continuaran con la madre, a quien se había atribuido en primera instancia la guarda y custodia y en cambio atribuir la guarda conjunta o compartida de la también menor Patricia a ambos progenitores. En función del cambio de guarda, como así consta expresamente en el último inciso del fundamento jurídico tercero de la Sentencia, modificó la prestación alimenticia que el Juzgado de primera instancia había dispuesto para dicha menor.

De ello se desprende que la *ratio decidendi* de la minoración de la prestación alimenticia de Patricia no fue que el recurrente hubiese disminuido sus ingresos desde que se comprometió con su esposa a abonar en concepto de alimentos una cantidad mensual muy considerable, aunque incidentalmente se haga esa consideración, sino el cambio en la guarda y custodia de la menor Patricia.

Al no existir variación en orden a la guarda de los otros dos hijos menores, la sentencia de apelación no se pronunció, congruentemente con la inadmisión del recurso de apelación planteado por el recurrente en el escrito de oposición al recurso de apelación de la contraria, sobre la pensión alimenticia de dichos menores. De otra parte, difícilmente hubiese podido la Sala, de oficio y en beneficio de los menores, disminuir sus alimentos.

En consecuencia esta Sala no puede conocer ahora de un recurso de apelación no sostenido en su día en este aspecto ni observa defecto de motivación alguno en la sentencia de apelación en cuanto al único motivo del recurso del Sr. Hilario .

QUINTO.- El tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal incurre en los mismos vicios de forma que el anterior toda vez que al amparo del art. 469.1 , 2 de la LEC y denunciando la infracción del artículo 218.2, así como de los artículos 355 y 358 de la LEC , combate, en realidad, la valoración que la Sala ha realizado de la exploración judicial de las dos menores. Damos por reproducidos aquí los razonamientos expuestos en el anterior Fundamento Jurídico en el sentido de que solo puede combatirse la valoración de la prueba realizada en la instancia, mediante la denuncia de un precepto legal que imponga una determinada forma de valorar, o bien por arbitrariedad o irracionalidad en su apreciación.

Con todo, teniendo en cuenta que tal cuestión se refiere a la guarda y custodia de los menores añadiremos, no obstante los defectos de forma advertidos en la formulación del motivo, que ni el artículo 355, ni el 358 de la LEC reguladores de la forma en que se ha de realizar y documentar el reconocimiento de personas y el reconocimiento judicial, han podido ser infringidos por la apreciación de la exploración judicial de los menores realizada por la Sala.

Sin necesidad de entrar en disquisiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la exploración judicial puesto que difícilmente puede considerarse un medio de prueba en el que basar una resolución sino el instrumento por el que el menor afectado por un procedimiento puede dar a conocer al Juez su opinión (de tal modo que según algún sector doctrinal el contenido de la exploración podría quedar fuera del conocimiento de las partes) lo cierto es que en la exploración adquiere el principio de inmediatez su mayor relevancia, pues con independencia de lo que se haga constar en el acta, en el caso de que se hubiese documentado como aquí ha ocurrido, la percepción, impresiones, etc. que tuvo el Tribunal en la entrevista con los menores difícilmente pueden ser plasmadas en toda su amplitud en un documento escrito.

No plantea el recurrente más que su propia interpretación de lo consignado en el acta y sus propias e interesadas deducciones de lo que se recogió en ella teniendo en cuenta, además, que tampoco serían vinculantes para el Juez las preferencias de los menores, sin perjuicio de que deban ser oídos si son mayores de 12 años ex art. 770,4 de la Lec y 82.2 del CF aplicable por razones temporales.

Por todo ello, no existe infracción alguna de los preceptos legales denunciados. Tampoco se observa arbitrariedad en la valoración judicial aun partiendo de las expresiones que constan en el acta de exploración de los menores. En cuanto a Marta porque no cabe confundir el deseo mostrado sobre una eventual ampliación de las visitas (*le gustaría ver más a sus hermanas y a su padre*) con el de un cambio en la guarda y custodia. Y en cuanto a Patricia puesto que si bien en un primer momento dice que cuando vuelva de Irlanda quiere a vivir con su padre, después dice *que lo que le gustaría es que la custodia fuera compartida para poder estar con todos*. En suma, los recursos extraordinarios no pueden convertirse en terceras instancias y no existe juicio irracional alguno por parte de la Sala.

Al contrario, el atinado criterio del órgano judicial se ha puesto de manifiesto a la luz de acontecimientos posteriores, puesto que al parecer la menor Patricia, que contaba entonces con 16 años de edad, reside ahora con la madre tras un enfado habido con el padre.

La necesidad de que los menores sean oídos no puede necesariamente traducirse en que sea su voluntad la que haya de imponerse en todo caso, pues no es a ellos a quien corresponde tomar la decisión sobre algo tan trascendente como su guarda y custodia, sin que quepa confundir los anhelos y el deseo de los niños o adolescentes con el principio del "favor filii" y superior interés del menor que ha de presidir este tipo de decisiones.

La sentencia de apelación expone en el fundamento jurídico tercero las razones por las que dispone la guarda y custodia compartida de Patricia y el mantenimiento de la guarda y custodia de la madre en relación con los otros dos hijos menores. Estas son claras y comprensibles por lo que no existe defecto alguno en la motivación.

No cabe confundir la falta o insuficiencia de la motivación con la motivación no satisfactoria para las partes.

En consecuencia el motivo se desestima.

SEXTO.- En el cuarto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del art. 469.1.2 de la LEC , citando también la vulneración de las normas que rigen la valoración de la prueba, se dicen infringidos los art. 394 y 397 de la LEC en relación con el art. 217.1 y 2 de la propia norma.

El motivo incurre en causa de inadmisión que se convierte en este trámite en causa de desestimación.

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, por todas Sentencia Sala 1ª de 20-7-2011(rec. 97/2008) que las normas sobre costas no pueden ser invocadas en el recurso extraordinario por infracción procesal (SSTS de 17 de julio de 2008, RC n.º 1937/2005 , 10 de febrero de 2010 , RCIP n.º 1975/2005 , 10 de diciembre de 2010 , RIP n.º 680/2007 , 31 de diciembre de 2010 , RIP n.º 1886/2006 , AATS de 5 de octubre de 2010, RCIP 2131/2009 , 14 de septiembre de 2010, RCIP 1833/2009 , STS de 10 de febrero de 2010, RCIP 1975/2005).

Dice al efecto la sentencia citada que:

"A este respecto se ha reiterado que no todas las infracciones procesales son controlables a través del recurso extraordinario y es imprescindible que la vulneración de la norma procesal tenga encaje en alguno de los motivos tasados en el artículo 469.1 LEC , lo que no sucede con las normas relativas a imposición de costas. Esta razón es bastante para considerar que el legislador ha optado por excluir del recurso extraordinario procesal la verificación de la aplicación de los preceptos correspondientes a la imposición de costas, ni siquiera para el control de la aplicación del criterio objetivo, único que la jurisprudencia de esta Sala venía admitiendo como susceptible de fiscalización a través del recurso de casación bajo el régimen de la LEC 1881, pues ya era reiterada la doctrina sobre la exclusión de toda revisión del criterio subjetivo, en orden a la concurrencia o no de circunstancias excepcionales, temeridad o buena fe (SSTS de 7 de abril de 2006, RC 2804/1999 , 16 de mayo de 2008, RC 530/2001 , 6 de febrero de 2007, RC 941/2000). Corrobora esta conclusión la explícita previsión del recurso de apelación sobre costas, en el artículo 397 LEC , sin mención del recurso extraordinario por infracción procesal, lo que significa que solo se contempla la impugnación en materia de imposición de costas en recurso de apelación.

Tampoco pueden traerse al recurso extraordinario por infracción procesal las cuestiones sobre costas cuando se trata de la apreciación de la existencia de dudas de hecho o de derecho (STS de 10 de diciembre de 2010, RIP n.º 680/2007), salvo que, habiéndose hecho uso de esta facultad en la sentencia impugnada, la apreciación sea arbitraria y no motivada, ya que supondría una mera apariencia de justicia contraria al derecho de tutela efectiva reconocido en el artículo 24 CE "

La anterior doctrina debe ser aplicada en este caso, en que el recurso no se articula por la vía del apartado 4º del art. 469.1 de la LEC , sin que a ello sea óbice que la parte la plantee sobre la base de la infracción del artículo 217 referido por otra parte a la carga de la prueba que nada tiene que ver con los artículos 394 y 397 de la LEC . La Sala motiva razonadamente en el último fundamento jurídico por qué no impone las costas de la apelación a ninguna de las partes debiendo ser mantenido su criterio.

SÉPTIMO.- Recurso de casación.

En el recurso de casación estima el recurrente infringidos los artículos 76,1.a) y 82.2 del Código de Familia de Catalunya, en la medida en que la sentencia de apelación no ha conferido la guarda y custodia

compartida de los menores Marta y Fco. Javier y porque no ha dispuesto la guarda exclusiva de la menor Patricia a favor del padre. Se invocan al efecto las Sentencias de esta Sala de 31 de julio y 5 de septiembre de 2008 y de 25 de junio de 2009 .

El motivo se desestima. Ninguno de los artículos que se dicen infringidos ni tampoco las sentencias del TSJC que se mencionan en el recurso imponen en todo caso la guarda y custodia conjunta o compartida en caso de hijos menores de edad, sino que debe atenderse en cada caso al "favor filii" como criterio informador de este tipo de decisiones.

En efecto, en estas materias el principio del superior interés y beneficio del menor es el criterio básico que ha de presidir todas las decisiones que le afecten, tal como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación, en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, en el art. 82.2 del Código de Familia de Cataluña y en el art. 3 de la Llei del Parlament de Cataluña 8/95, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y de los adolescentes, vigente cuando se inició el presente procedimiento.

Al acordar las medidas que afecten a los menores de edad el Juez debe haber valorado todas las pruebas practicadas y tener en cuenta el interés superior y beneficio del menor.

El Tribunal Supremo ha puesto de relieve la dificultad de combatir en sede casacional las decisiones de los órganos de instancia respecto de la guarda y custodia de los menores, cuando, en realidad, están resolviendo sobre casos concretos y en función de sus circunstancias.

Dice al efecto la STS Sala 1ª de 7-7-2011 que: *" El único criterio unificador para la solución de cada uno de los casos presentados se encuentra en la necesidad de respetar e implementar el interés del menor y esta exigencia se encuentra ya establecida en las diversas leyes que se ocupan de regular estas situaciones"*.

Cuestión diferente son los criterios en que el interés del menor se concreta y que las diversas decisiones de las Audiencias Provinciales se encargan de especificar en cada caso.

Los criterios tenidos en cuenta por el Tribunal Supremo y también por esta Sala han sido, entre otros, 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 en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven (SSTS de 10 y 11 marzo 2010).

De este modo, ya hemos dicho que no se aprecia irracionalidad alguna en el criterio de la Audiencia en orden a la guarda y custodia establecida teniendo en cuenta las circunstancias del caso ponderadas en la sentencia de segunda instancia -también por remisión a la de primera- en cuanto a los dos hijos menores y la conjunta o compartida en cuanto a Patricia.

Tampoco se aprecia infracción de doctrina legal. Hemos dicho reiteradamente en interpretación de la normativa correspondiente del Código de Familia, aplicable al caso por razones temporales (Auto TSJC de 10 nov. 2011, rec. 37/11 y las resoluciones que en él se citan) que *es incierto ... que pueda establecerse una preferencia de la custodia compartida sobre la custodia monoparental por razón del interés del menor toda vez que el acceso de esta cuestión (sistema de guarda en relación a los hijos menores) a la casación por la vía del número 3 del art. 477,2 exige la especial contemplación de la arbitrariedad de la solución adoptada en la instancia sin discutir las circunstancias fácticas sentadas en la sentencia impugnada.*

En sede de la legislación analizada, la pretendida supremacía de la guarda y custodia compartida carece de cualquier respaldo legal o jurisprudencial, por más que hayamos declarado que dicho sistema es adecuado en términos abstractos para el desarrollo de la personalidad del menor, toda vez que debe atenderse a las circunstancias fácticas del caso.

Y es que, en efecto, los órganos de instancia en orden a la guarda de los dos hijos menores de los litigantes tiene en cuenta determinadas circunstancias que esta misma Sala de casación ha valorado (vid STSJC 20-12-2010) como criterios relevantes para resolver la cuestión relativa a la guarda y custodia en razón del superior interés del menor, tales como, las actitudes previas de padre y la madre en relación con el cuidado de los hijos, la dinámica del sistema de guarda que se venga siguiendo, los acuerdos habidos entre

los litigantes, y la opinión de los menores, criterios, entre otros, recogidos ahora en el nuevo artículo 233-11 del Libro II del CCCat.

En cuanto a la guarda y custodia de la menor Patricia, la Sala de apelación dispuso que fuese conjunta o compartida por semanas entre el padre y la madre atendiendo fundamentalmente a los deseos por ella expresados en la exploración realizada. El recurrente reclama que se le otorgue la guarda y custodia exclusiva. La petición debe ser rechazada. Es claro que no procede modificar la decisión del órgano de instancia. Al contrario ya se ha dicho al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal que no se apreciaba irracionalidad ni arbitrariedad en la decisión y que la Sala dispuso lo más conveniente para su interés, interés que ha de prevalecer sobre los sucesivos cambios de criterio de la joven, que son al parecer los que en la práctica se imponen, pero que no tienen ni entidad ni constancia para condicionar la decisión judicial.

Por la misma razón no puede atenderse en este trámite la petición que se contiene en el escrito de oposición al recurso de casación de la otra parte para que se atribuya la guarda y custodia de Patricia en exclusiva, ni la formulada por el padre en orden a que se le conceda ahora, también en exclusiva, la de la menor Marta, quien al parecer ha decidido hace pocas fechas residir con el padre.

Es evidente que los órganos judiciales no pueden sujetarse a los cambios de humor, enfados o cambios de parecer de las menores adolescentes ni deberían hacerlo tampoco los padres. Sería aconsejable, para superar la crisis de autoridad que se aprecia en la familia, que se sometiese a algún tipo de **mediación familiar** para conseguir desjudicializar el conflicto y sentar unas bases de convivencia estables y justas para todos.

En consecuencia el motivo se desestima

OCTAVO.- En el segundo motivo del recurso de casación se dice infringido el art. 76.1 c) del Código de Familia en relación con los artículos 259 y 267.1 del mismo Código y con las sentencias de 17 de abril de 2009 , 11 de diciembre de 2008 y 9 de mayo de 2005 .

En el desarrollo del motivo se pretende que se modifique la cuantía de la pensión alimenticia dispuesta en la Sentencia de primera instancia para los dos hijos menores, Marta y Fco. Javier así como la condena a la madre a abonar alimentos para las hijas mayores de edad que viven con el padre.

Ya se ha expuesto al examinar el recurso extraordinario que la Sala de apelación no entró a conocer de estas cuestiones, pues solo lo hizo respecto de la pensión de Patricia al modificar el régimen de custodia de la misma lo que hizo de oficio pues no admitió la impugnación de la sentencia que pretendió la defensa del Sr. Hilario . No habiendo sido objeto del recurso de apelación la Sala no puede entrar *per saltum* a conocer de tal cuestión en el recurso de casación (STS sala 1ª de 30-6-2011 o de 13-7-2011 entre otras muchas).

NOVENO.- Se imponen a la parte recurrente las costas de los recursos extraordinarios y de casación desestimados (art. 394 y 398 LEC).

Por todo lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA, ha decidido:

DESESTIMAR los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal Don. Hilario contra la Sentencia de fecha 10 de mayo de 2011 dictada por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 704/10 , la cual se confirma íntegramente, con expresa imposición de las costas de ambos recursos al recurrente y pérdida de los depósitos constituidos.

Notifíquese la presente a las partes personadas y con su testimonio remítase el Rollo y las actuaciones a la Sección indicada de la Audiencia.

Así por ésta, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. La sentencia se ha firmado por todos los Magistrados que la han dictado y publicada de conformidad con la Constitución y las Leyes. Doy fe.