

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA**  
**Sala Civil y Penal**

R. Casación núm. 72/2007

**SENTENCIA NÚM. 29**

Presidenta:

Excma. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Eugenia Alegret Burgués

Magistrados

Ilmo. Sr. D. Ramón Foncillas Sopena

Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio

Barcelona, 31 de julio de 2008

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan más arriba, ha visto el recurso de casación núm. 72/2007 contra la sentencia dictada en grado de apelación el veintiséis de abril de dos mil siete por la Sección 1<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Girona, en el rollo núm. 24/07 dimanante de los autos de divorcio contencioso núm. 243/05 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Olot. D. Alfred S. N. ha interpuesto este recurso representado por el procurador de los tribunales D. Joaquim Sendra Blanxart y defendido por la letrada D<sup>a</sup>. Margarita Pascual Agustí. En el presente rollo el recurrente se halla representado por el procurador de los tribunales D. Carles Arcas Hernández. Ha sido parte recurrida D<sup>a</sup>. Olga S. P., representada por la procuradora de los tribunales D<sup>a</sup>. María Teresa Aznares Domingo y defendida por el letrado D. Laurence Samara Cirera.

## **Antecedentes de hecho**

**Primero.** El procurador de los tribunales D. Joan Enric Pons i Arau, actuando en nombre y representación de D. Alfred S. N., presentó el día dieciséis de junio de dos mil cinco ante los Juzgados de Olot una demanda contra D<sup>a</sup>. Olga S. P., en la que, después de declarar que había transcurrido más de un año de la interposición de una demanda previa de separación matrimonial, solicitó la declaración de divorcio, interesando en ella, entre otras medidas, la guardia y custodia compartida de los dos hijos comunes menores de edad, que hasta entonces tenía atribuida en exclusiva la madre.

La demanda correspondió por reparto, con el número de procedimiento 243/05, al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Olot, que, tras la oportuna tramitación, dictó sentencia en fecha 13 de julio de 2006 con al siguiente parte dispositiva:

*"ESTIMAR parcialmente la demanda interpuesta por ALFRED S. N. representado por el procurador JOAN E. PONS ARAU contra D<sup>a</sup> OLGA S. P.*

*Se estima solo, a la petición que se acuerde la disolución del matrimonio de los expresados, por divorcio, con todos los efectos legales inherentes, sin embargo se desestima y se acuerda lo siguiente:*

*1.- La atribución de la guardia y custodia a favor de la madre siendo la patria potestad que se ejercerá de manera conjunta por los dos progenitores y por tanto todas las decisiones de importancia que deban adoptarse en relación a la hija serán tomadas de común acuerdo por ambos, en caso de discrepancia será el juez el que acuerde lo procedente.*

*2.- El régimen de visitas durante la semana, mantenemos el criterio que se realice el mismo régimen de visitas que el pactado en el convenio de separación, por ser el practicado hasta entonces y ser el más conveniente para los hijos, igualmente en cuanto los días de vacaciones escolares se mantenga lo pactado en el convenio de separación.*

*3.- La pensión por alimentos el padre deberá satisfacer por sus dos hijos, es la cantidad de 350 euros para los dos hijos,*

*cantidad que deberá ser abonada en la cuenta bancaria que estipule su exmujer, durante los cinco primeros días de cada mes, revisable anualmente.*

*Los gastos extraordinarios se abonarán cada uno por mitad, así como los correspondientes a gastos médicos no sujetos a seguridad social, dentista, colonias, universidad...*

*4.- La vivienda familiar se atribuye al cónyuge que tenga a su cargo la guarda y custodia de los hijos, tal y como se encuentra actualmente, disfrutando de la misma la madre y sus dos hijos, se mantendrá indivisible el domicilio familiar, se desestima la petición de la parte actora de división y liquidación de la vivienda familiar.*

*Sin embargo, por ambos cónyuges seguirán pagando la hipoteca por mitad.*

*En cuanto a la disolución y reparto de los bienes en común que solicita la parte actora, ya se produjo la liquidación y reparto de la mayoría de los bienes en la separación del matrimonio, en cuanto a los bienes no comprendidos en el reparto, es decir los mencionados en el apartado cuarto del convenio regulador de separación que se pactó en su día, la parte demandada accede a la petición de la parte actora que le sea entregados la mitad del precio de los bienes no liquidados según el precio fijado según tasación pericial.*

*No procede la condena en costas de ninguna de las partes."*

**Segundo.** Contra esta Sentencia, el actor interpuso un recurso de apelación, que se admitió y se sustanció en la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona, la cual, previos los trámites legales, dictó Sentencia en fecha 26 de abril de 2007 con la siguiente parte dispositiva:

**"DECISIÓN:**

**Estimem parcialment** el recurs d'apel·lació formulat pel procurador de la part apel·lant ALFRED S. N., contra la resolució de data 13-7-06, dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 1 d'Olot, en les actuacions de Divorci contenciós (art. 770-773 Lec) 243/05, de què dimana aquest rotlle, **i revoquem parcialment** la Sentència en el sentit que la pensió alimentaria a càrrec del pare ha de quedar fixada en 280 euros al mes, en lloc dels 350 euros fixats en la sentència. Mantenim la resta del pronunciament.

*No fem especial pronunciament sobre las costes causades en aquesta alçada.”*

Frente a esta Sentencia, el apelante solicitó la aclaración y rectificación de error material que le fueron denegadas por una interlocutoria de fecha 9 de mayo de 2007.

**Tercero.** Contra la indicada Sentencia, el procurador D. Joaquim Sendra Blanxart, en nombre y representación de D. Alfred S. N., anunció, primero, e interpuso, después, un recurso de casación con firma de la letrada D<sup>a</sup>. Margarita Pascual Agustí, que fue finalmente admitido a trámite por un auto de esta Sala de fecha 31 de octubre de 2007, dándose traslado a la parte recurrida para formalizar su oposición por escrito en el plazo de veinte días.

Se hace constar que, si bien en la preparación de la casación se incluyeron dos motivos de recurso, (1) al amparo del art. 477.2.3º LEC, por infracción del art. 92.8 C.C. en relación con el art. 111-5 del C.C. de Cataluña y con los arts. 82 y 76.1.a) CF, y (2) al amparo del art. 477.2.2º LEC, por vulneración del art. 43 CF; en el escrito de interposición este segundo motivo fue desistido expresamente, manteniendo el primero.

**Cuarto.** Por una providencia de fecha 29 de noviembre de 2007 se tuvo por formulada oposición al recurso de casación por la parte recurrida, representada por la procuradora de los tribunales D<sup>a</sup>. María Teresa Aznárez Domingo, y, de conformidad con el art. 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se señaló día para su votación y fallo.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio.

## **Fundamentos de derecho**

**Primero.** La parte contraria se opone a la estimación del recurso exclusivamente por entender que el mismo no debió ser admitido a trámite.

En primer lugar, considera la parte mencionada que, habiéndose precisado en nuestra interlocutoria de 31 de octubre de 2007 sólo que la admisión se efectuaba por razón de la cuantía (art. 477.2.2º LEC), el desistimiento por el recurrente del segundo motivo, relativo a la división del bien en proindiviso (art. 43 CF), cuyo valor era notoriamente superior a los 150.000 euros y que fue el que la justificó, supuso la pérdida sobrevenida del requisito exigido por el art. 477.2.2º LEC, teniendo en cuenta que la materia objeto del primer motivo —la custodia compartida— no es cuantificable y sólo hubiera podido acceder a casación por la vía correspondiente al interés casacional (art. 477.2.3º LEC).

Por otra parte, alega que admitir ahora el recurso por esta vía no expresada en la interlocutoria de 31 de octubre de 2007 le generaría "*un grave perjuicio y una indefensión*", anunciando que "*no va a formular oposición a las alegaciones vertidas por la adversa*" respecto a la supuesta vulneración del art. 92.8 C.C. y demás preceptos citados en el único motivo de recurso subsistente, anuncio que, sin embargo, no le impide concluir que el único *interés* a considerar es el de los hijos, al que se alude en los preceptos citados por el recurrente, interés que a su parecer ha sido plenamente respetado en la Sentencia recurrida como lo demuestran el parecer contrario a la custodia compartida emitido por el del Fiscal y por los peritos especialistas en la primera instancia, y el hecho que tanto el juez de ésta como el tribunal de apelación coincidieran con ellos en denegar la pretensión del actor.

Por lo demás, la misma parte alega la inexistencia de verdadero interés casacional, al atribuir al recurrente el único propósito de impugnar la valoración probatoria efectuada por el tribunal de apelación y discutir la aplicación efectuada por éste de las reglas de la carga de la prueba, convirtiendo la casación en una tercera instancia, con el propósito de instrumentalizar la guarda y custodia compartida para obtener *"la supresión de la pensión alimenticia y la venta de la vivienda que fue domicilio conyugal"* en un procedimiento ulterior, como lo demuestra el que insista en su recurso en el *"cómputo de los días en los cuales cada progenitor disfruta de los niños"* y en *"los ingresos mensuales de los dos progenitores"*.

Pues bien, siendo cierto que en nuestra interlocutoria de 31 de octubre pasado se hizo constar que la admisión del recurso se decidió por razón de la cuantía, y nada se dijo sobre el interés casacional que justifica la admisión autónoma del primer motivo —único subsistente— por falta de doctrina de esta Sala sobre la cuestión planteada, sin perjuicio de lo que se decida cuando se proceda al examen del único motivo subsistente del recurso, también lo es que dicha omisión es perfectamente subsanable en este momento (art. 240.2 LOPJ) y que de la misma no se ha derivado ni podido derivar ninguna indefensión ni vulneración de la tutela judicial efectiva para la parte opuesta al recurso, ya que al abstenerse de formular su oposición a la admisión del recurso al tiempo de comparecer en el rollo, como podía haber hecho (art. 480.2 LEC), y dejarlo para el trámite del art. 485.2 LEC, su pretensión es respondida en el momento en que es formulada.

Por otro lado, hallándose gravemente comprometido en la cuestión planteada el interés de los hijos comunes menores de edad, en el que se aprecian elementos indiscutibles de *ius cogens* y no dispositivos

para ninguna de las partes, que justifican la iniciativa del tribunal (SS TC 120/1984 de 10 dic. y 3/2001 de 15 ene.), no tiene nada de particular que en la apreciación apriorística de la concurrencia del necesario interés casacional se acepte el planteamiento ciertamente esquemático del recurrente a efectos de su admisión a trámite, máxime cuando es doctrina reiterada de esta Sala que las vías de recurso recogidas en el art. 477.2.2º y 3º LEC son intercomunicables, de forma que cualquier asunto puede ser recurrido por razón de la cuantía, si la presenta, o por razón del interés casacional, sin concurre, y su admisión puede llegar a aceptarse de oficio por una vía no formulada expresamente, con tal de que resulte claramente la concurrencia de los requisitos que para ello se contienen en el art. 479.3 y 4 LEC (por todas, la S TSJC 28/2008 de 15 jul., FD 1º).

**Segundo.** Los hechos que constituyen los antecedentes del presente recurso de casación, que se desprenden de la lectura de la sentencia recurrida y, por remisión de ésta, de la sentencia de primera instancia, y que, al no ir acompañado de un recurso extraordinario por infracción procesal por error en la valoración de la prueba, deben ser respetados aquí, son los siguientes:

- a) El actor, D. Alfred S. N., y la demandada, D<sup>a</sup>. Olga S. P., contrajeron matrimonio el 8 de abril de 1995 en la localidad catalana de Santa Pau (Girona).
- b) Ambos ostentaban al tiempo de celebrar el matrimonio —y también ostentan en la actualidad— la vecindad civil catalana.
- c) El domicilio familiar al tiempo de la ruptura estaba establecido en la localidad de Olot (Girona).

d) Fruto de la unión del actor y de la demandada nacieron dos hijos, uno (Andrea), el 4 de mayo de 1997, y otro (Lluc), el 21 de julio de 2002, ambos en la localidad de Olot (Girona).

e) En 4 de noviembre de 2003 las partes suscribieron un convenio regulador de su separación matrimonial, que fue oportunamente aprobado por una sentencia de fecha 21 de enero de 2004 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Olot (autos núm. 442/2003), en el que, entre otros pactos, los cónyuges acordaron compartir la patria potestad de los hijos y que fuera la madre quien ostentara su guarda y custodia, remitiéndose en cuanto al régimen de su ejercicio a los arts. 132 y siguientes del CF.

f) Igualmente, en la misma ocasión, las partes dispusieron que "el *règim de visites i vacances serà el que lliurement pactin les parts*", si bien, para el supuesto de discrepancias, establecieron lo siguiente:

**"CINQUÈ.- RÈGIM DE VISITES.**

...

*a) En quan a Andrea el pare la tindrà els caps de setmana alterns des del divendres a la sortida de l'escola, fins el diumenge a les 8 del vespre. També la tindrà: una setmana dos dies a dinar, un amb pernocta, quan li toqui el cap de setmana. En principi serien dilluns a dinar i dijous a dinar i dormir. L'altre setmana la tindrà dos dies a dinar ambdós amb pernocta que en principi es fixen en dimecres i dijous.*

*En quan en Lluc fins que tingui tres anys estarà amb el pare els caps de setmana alterns i els mateixos dies que l'Andrea, però sense pernocta.*

*Quan compleixi els tres anys farà el mateix règim que la seva germana.*

**VACANCES**

*En quan a les vacances d'Estiu s'estarà al calendari que publica el Departament d'Ensenyament de la Generalitat de Catalunya. Dins d'aquestes dates des que s'acaba l'escola fins a finals de juny els progenitors es repartiran els dies, els mesos de juliol i agost es repartiran per quinzenes, des de principis de setembre fins començar l'escola també es repartirà. Cada any s'alternaran els torns entre els progenitors.*

*Les vacances de Nadal y Setmana Sant també es repartiran els dies per meitat... Cada any s'alternaran els torns."*

g) Actor y demandada trabajan como profesores en el mismo centro de enseñanza donde cursan estudios sus hijos, situado también en Olot.

h) Ambos padres se encuentran igualmente capacitados para el cuidado de sus hijos y los dos tienen una buena disposición para hacerlo.

i) El padre realiza diversas actividades extraescolares remuneradas y relacionadas con su profesión, que prolongan su horario laboral, con el fin de obtener ingresos extraordinarios para atender los gastos que le comporta la situación de ruptura matrimonial, en especial, el alquiler de una nueva vivienda, sin desatender por ello las cargas familiares impuestas a raíz de aquélla, en concreto, el abono del 50% de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario concertado en relación con la que fuera vivienda conyugal, cuyo uso se ha atribuido a la madre y a los niños.

j) Cuando el desempeño de dichas actividades extraordinarias interfiere con las obligaciones para con sus hijos, el actor cuenta con el apoyo de los abuelos paternos, lo que no sólo no supone ningún perjuicio para los menores, sino todo lo contrario.

k) En la demanda de divorcio origen del presente procedimiento, entre otras medidas, el actor solicitó la guarda y custodia compartida de los dos hijos, con mantenimiento de las condiciones pactadas como "*régimen de visitas*", si bien con la única modificación consistente en permanecer el padre con los niños los fines de semana que le corresponda tenerlos hasta el lunes por la mañana, en que los llevaría directamente a la escuela, donde los recogería la demandada a la salida, en lugar de entregarlos a las 20,00 horas del domingo.

l) La demandada se opuso desde el principio a esta petición y solicitó una reducción del régimen de visitas, por imposibilidad material del padre de atender personalmente a sus hijos durante el tiempo en que debía tenerlos en su compañía.

ll) Tras la vista y la práctica de pruebas en la primera instancia, el Ministerio Fiscal se mostró partidario del mantenimiento del mismo régimen de visitas pactado originariamente. Sin embargo, al evacuar el traslado del recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la sentencia de primera instancia, el Fiscal se adhirió al mismo íntegramente mostrándose favorable a la concesión de la guarda y custodia compartida.

m) El informe emitido en la primera instancia por los especialistas de l'Equip d'Assessorament Tècnic Civil dependiente del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya hace constar que, a pesar de las desavenencias los dos padres comparten pautas en la educación de los hijos y reconocen la autoridad del otro, proporcionando a los hijos un entorno coherente al que parecen haberse adaptado satisfactoriamente, por lo que concluye que *"des d'aquesta relació de cooperació que els pares han pogut establir malgrat els desacords, la guarda i custodia conjunta podria ser una alternativa viable que permetria posicionar ambdós pares en posició d'igualtat i repartiria la càrrega parental"*, si bien desaconseja introducir cambios importantes en la organización cotidiana actual para no afectar la estabilidad de los niños.

**Tercero.** Ya se ha dicho que el único motivo del recurso de casación denuncia la infracción del art. 92.8 C.C., aprobado por la Ley 15/2005, bien que en relación con el art. 111-5 del Codi civil de Catalunya aprobado por la Llei 29/2002, y con los arts. 82 y 76.1.a) CF

El recurrente nos recuerda que 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, entró en vigor el día 10 de julio de ese mismo año (DF 4ª), es decir, casi un mes después de interpuesta la demanda que ha dado origen al procedimiento del que trae causa el presente rollo. A su vez, la Disposición transitoria única de la Ley 15/2005 sólo prevé la aplicación en los procesos que estuvieren tramitándose en el momento de su entrada en vigor de lo relativo a la causas de separación y divorcio y al plazo mínimo para interponer la acción desde la fecha de celebración del matrimonio, pero nada dice de la nueva regulación sobre la guarda y custodia compartida.

Ello explica que, al resolver sobre la petición de atribución de la guarda y custodia compartida y pese a lo razonado en la sentencia de primera instancia, nada se diga en la sentencia recurrida sobre el art. 92 C.C. ni sobre la Ley 15/2005, salvo para atribuir a la difusión pública de ésta el interés del actor al respecto.

En estas condiciones, no siendo posible tomar en consideración la normativa que no estuviera en vigor al tiempo de plantear la demanda (SS TS 1ª 1077/1993 de 12 nov. y 378/1996 de 13 may.), debe considerarse defectuosa —al menos parcialmente— la formulación de un motivo de recurso de casación enunciado al amparo de un precepto cuya vigencia hubiera sobrevenido después de iniciarse el pleito y, por lo tanto, determinante de su inadmisión total o parcial, según los casos (AA TSJC 8 ene. 2007 –rec. 70/06—, 26 jul. 2007 –rec. 16/07— y 12 jun. 2008 –rec. 41/08-).

De todas formas, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 9.2, 14.1 y 107.2 C.C., teniendo en cuenta que la vecindad civil de las partes del presente procedimiento es la catalana, no hubiera sido posible tampoco atribuirle ninguna virtualidad en la cuestión debatida

en el recurso al precepto del Código civil citado como infringido (art. 92.8 C.C.), ni siquiera al amparo del art. 111-5 C.C.Cat., puesto que si bien es cierto que en dicho precepto de Derecho civil común se contiene una concreción de la regla universal relativa al interés superior de los hijos, que rige en materia de guarda y custodia y de otros efectos de la nulidad, de la separación y del divorcio, como norma de resolución de conflictos familiares, también lo es que ya existe en nuestro propio sistema normativo de familia una concreción de dicha regla suficientemente respetuosa con el correspondiente precepto constitucional (art. 39 CE) y con las normas y convenciones internacionales (Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, Convención sobre los Derechos el Niño de 1989, Reglamento (CE) nº 2201/2003 de 27 nov., etc.): el art. 82.2 CF, con base en el cual, en relación según los casos con los arts. 76.1.a), 78.1 y 79.2 CF, ha sido posible y sigue siéndolo disponer la guarda y custodia "compartida", sin atenerse a los requisitos establecidos en el art. 92 C.C. reformado por la ley 15/2005, de la misma manera que también lo era en el sistema del Derecho civil común antes de la entrada en vigor de la nueva regulación (véase la S TC 4/2001 de 15 ene.).

**Cuarto.** Por otro lado, en el desarrollo del único motivo subsistente de su recurso, el recurrente precisa que, al formular la demanda e interesar en ella la guarda y custodia compartida de sus hijos, ya dejó constancia de que, una vez otorgada, debía procederse a modificar la pensión alimenticia establecida a su cargo y en favor de los hijos, que en la sentencia recurrida se fija en la cuantía de 280 euros mensuales.

Por ello, concluye solicitando que a la estimación del recurso, una vez otorgada la guarda y custodia compartida, se acuerde por esta Sala que "de la *manutención y vestido de los hijos se haga cargo cada*

*progenitor cuando los tenga consigo —incluyendo el gasto de comedor escolar— y respecto a los demás gastos fijos ordinarios y extraordinarios de los menores... cada progenitor se haga cargo de la mitad, abriéndose una cuenta corriente a tal fin, donde cada uno ingrese 181 euros al mes...”,* dejando a salvo, en su caso, los gastos por estudios superiores, que deberán pagarse por mitad.

A este respecto debe tenerse en cuenta que en el recurso —ni en la preparación ni en la interposición— no se denuncia la infracción, como hubiera sido obligado, de los arts. 76.1.c), 143, 264 ó 267 CF, por lo que no puede resolverse ahora como se pide.

De todas formas, tampoco hubiera sido posible estimar como un efecto necesario o ineludible de la guarda y custodia conjunta o compartida la extinción de la obligación de uno de los progenitores —o de los dos— de abonar una pensión de alimentos en favor de los hijos, en razón a que la obligación de cuidarlos mientras permanezcan en la compañía de cada uno de los padres y la asunción de los correspondientes gastos constituiría, en la práctica, una adecuada satisfacción de los alimentos correspondientes, que cada uno de ellos debería atender en la medida de sus posibilidades individuales.

En efecto, teniendo en cuenta que bajo la denominación equívoca de custodia “compartida” pueden hallar amparo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores —partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta—, que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir, en razón a muy diversos factores (la diferente edad de los niños, su comodidad y confort, su aprovechamiento escolar, sus problemas evolutivos particulares, el

horario laboral y la disponibilidad efectiva de los padres, etc.), no tiene nada de extraño que las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor puedan compensarse mediante la correspondiente pensión de alimentos, en cuya fijación habrá que tener en cuenta, además y en su caso, las diferencias de ingresos que puedan existir entre los obligados a su pago (art. 267 CF), puesto que, permaneciendo inalterable la necesidad de los alimentistas, sería contrario a la regla arriba mencionada (art. 82.2 CF) no procurar un cierto equilibrio y una razonable estabilidad en la calidad e intensidad de su cuidado integral, en lugar de someterlos a los vaivenes derivados de la diferente capacidad adquisitiva de sus progenitores custodios.

**Quinto.** Así las cosas, resta por dilucidar si en las condiciones sancionadas en la sentencia recurrida, en la que se acepta un amplio régimen de visitas a favor del recurrente —cinco días de cada quince—, que éste llega a calificar de custodia compartida *de facto*, y sin modificar este régimen en absoluto o, al menos, en lo esencial, cabe otorgarle al mismo el derecho a la custodia conjunta o, al menos, con carácter alterno o rotatorio, en base a lo preceptuado en los arts. 76.1.a) y 82 CF.

Debe tenerse en cuenta que, frente a la alusión contenida en la sentencia recurrida que describía la cuestión como meramente "*nominalista*", el recurrente alega razonablemente, y en ello está de acuerdo el equipo de especialistas que informó en la primera instancia, que la atribución de custodia conjunta —rotativa— permitiría posicionar a ambos progenitores "*en situación de igualdad*" frente a los hijos, con el consiguiente y beneficioso impacto en la evolución educativa y evolutiva de los hijos, siempre que ello no

supusiere una modificación de las condiciones actuales que se estiman satisfactorias por todos.

Pues bien, abstracción hecha de las opiniones que desde planteamientos militantes se han emitido profusamente en los últimos tiempos, no cabe duda de que la llamada "custodia compartida" o conjunta por ambos progenitores presenta indudables ventajas para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial, en la medida en que evita la aparición de los "*conflictos de lealtades*" de los menores para con sus padres, favorece la comunicación de éstos entre sí, aunque no sirva para disminuir las diferencias entre ellos — tampoco puede afirmarse que las acentúe— y, en fin, coadyuva, por un lado, a visualizar la ruptura matrimonial como un conflicto en el que no existen vencedores y vencidos ni culpables e inocentes, y por otro, a concebir el reparto equilibrado de cargas derivadas de la relación paterno filial como algo consustancial y natural, y no como algo eventual o accidental, favoreciendo la implantación en los hijos de la idea de la igualdad de sexos.

En este sentido, resulta clarificadora la enumeración de efectos positivos contenida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 18ª) de 20 de febrero de 2007, conforme a la cual:

*"a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática; b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc., c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación*

*consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos; e) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos; f) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores; g) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y h) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor.”*

En la misma línea, el Informe de 1995 de la División 16 de la *American Psychological Association* ante la Comisión USA de Bienestar Infantil y Familiar concluía que *"la custodia compartida se asocia con ciertos efectos favorables en los niños"*, sobre todo cuando se complementa con la mediación y los programas de educación parental, por lo que recomendaba *"favorecer el incremento de la mediación, la custodia compartida y la educación de los progenitores"*. Lo mismo se desprende otros estudios ampliamente difundidos, tales como el Informe Bauserman —*Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review* (2002)—, el Informe Kelly —*Children's adjustment in conflicted marriage and divorce. A decade review of Research* (2000)—, o el documento Bailly —*Etat des connaissances scientifiques sur la résidence alternée* (2002)—, entre otros muchos.

Sin embargo, 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 países de nuestro entorno, aunque tampoco puede afirmarse que dicha solución radique en el sistema de la custodia monoparental acompañado de un régimen de visitas más o menos amplio, que es el que inexorablemente viene imponiéndose en la gran mayoría de las sentencias dictadas en los últimos años por los Juzgados y las Audiencias Provinciales de nuestra Comunidad Autónoma.

Por lo pronto, se ha dicho que la custodia compartida está llamada a satisfacer una demanda residual, puesto que el número de solicitudes constituyen una excepción en la dinámica de los procesos matrimoniales, incluso en los de mutuo acuerdo. Por otra parte, su conveniencia es muy discutible cuando 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 nov. 1959 recuerda que, "*salvo circunstancias excepcionales, no debe apartarse al niño de corta edad de la madre*"). Tampoco 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 —nosotros mismos nos pronunciamos en tal sentido en la S TSJC 2/2007 de 26 feb.—, en cuyo caso la ponderación de los intereses en juego, en especial los del niño, debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados (A TC 336/2007 de 18 jul.); sin que ello signifique, sin embargo, que 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 este sentido, deben celebrarse algunas soluciones

adoptadas por nuestras Audiencias Provinciales (S APB 18ª 131/2008 de 21 feb.).

En definitiva, en su aplicación habrán de ser ponderadas las circunstancias de cada caso, tales como la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, la disponibilidad por éstos de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, u otras similares.

**Sexto.** Por lo que se refiere al presente supuesto, sin embargo, la valoración del interés de los menores y de la conveniencia de establecer un sistema de custodia compartida, conjunta o rotatoria, se halla mediatizada por las limitaciones que impone el carácter extraordinario del recurso de casación y el planteamiento limitado asumido por el recurrente en su recurso.

En efecto, a este respecto debe tenerse en cuenta que no ha sido interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, simultáneo al de casación, al amparo del art. 469.1.4º LEC en relación con el art. 24 CE y el art. 348 LEC, que permita ahora cuestionarse la racionalidad de la valoración del informe de los especialistas efectuada por el tribunal de apelación, por el que se destaca que *"el que resulta més transcendental és que les dues pericials consideren mantenir la mateixa organització actual 'pensant en els menors'"*, razón por la cual concluye que *"compartim el criteri de la jutgessa que el millor pels infants es seguir en la situació física i organitzativa que ja s'ha qualificat de satisfactòria per tothom"*.

Por otra parte, desde un planteamiento simplemente casacional, la valoración de si el interés de unos concretos menores ha quedado

adecuadamente salvaguardado, dada una determinada situación de hecho indiscutible, sólo podría afrontarse en aquellos casos en que la solución aplicada por la Audiencia Provincial se encontrase irracional, ilógica o arbitraria, o, en su caso, claramente atentatoria contra el interés de los menores, lo que no puede advertirse en el presente supuesto, sin perjuicio de las soluciones que puedan aplicarse en el futuro a la vista de la evolución que experimente el conflicto.

Es por ello, que el único motivo del recurso de casación debe ser desestimado.

**Séptimo.** Como consecuencia de la desestimación del recurso de casación deben imponerse las costas del mismo a la parte recurrente, conforme a lo previsto en el art. 398.1 LEC en relación con el art. 394 LEC.

### **Dispositiva**

**DESESTIMAMOS** el recurso de casación interpuesto en interés de D. Alfred S. N. por el procurador D. Joaquim Sendra Blanxart y mantenido por el procurador D. Carles Arcas Hernández, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona en el rollo de apelación núm. 24/07, dimanante de los autos de divorcio contencioso núm. 243/05 seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Olot, que, en consecuencia, CONFIRMAMOS íntegramente.

Se imponen las costas del recurso a la parte recurrente.

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.**- Esta Sentencia se ha firmado y publicado el mismo día de la fecha por los magistrados de esta Sala que la han dictado. Doy fe.