



Roj: **STSJ CAT 5532/2014 - ECLI: ES:TSJCAT:2014:5532**

Id Cendoj: **08019310012014100045**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **22/05/2014**

Nº de Recurso: **140/2013**

Nº de Resolución: **36/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CARLOS RAMOS RUBIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 7551/2013,**
AAAP B 650/2013,
STSJ CAT 5532/2014

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA

Sala Civil y Penal

Recurso de Casación e Infracción procesal núm. 140/2013

SENTENCIA NÚM. 36

Presidente :

Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Gimeno Jubero

Magistrados :

Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau

Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio

En Barcelona, a 22 de mayo de 2014.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan más arriba, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación en el Rollo núm. 140/2013 contra la Sentencia de 26 de julio de 2013 y el Auto de aclaración de 2 de octubre de 2013 dictados por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Rollo de apelación núm. 935/12 , dimanante del Procedimiento de modificación de medidas de divorcio núm. 802/11 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Sant Feliú de Llobregat. Dª. **Nicolasa** ha interpuesto este recurso representada por la procuradora de los tribunales Sra. Dª. Cristina Ruiz Santillana y defendida por el letrado Sr. D. Ramón Tamborero y del Pino. D. **Leon** ha comparecido en el Rollo de esta Sala para oponerse a los recursos, habiendo sido representado por el procurador de los tribunales Sr. D. Robert Martí Campo y defendido por la letrada Sra. Dª. Marta Morral Carbonell. Ha comparecido e intervenido igualmente en el presente Rollo el **Ministerio Fiscal** , representado por la Ilma. Sra. Assumpta Pujol Ribera.

Antecedentes de hecho

Primero.- El procurador de los tribunales Sr. D. Robert Martí Campo, actuando en nombre y representación de D. Leon , formuló en 19 de octubre de 2011 una demanda de modificación de medidas adoptadas en procedimiento de divorcio, con firma de la letrada Dª. Marta Morral Carbonell, contra Dª. Nicolasa , que contestó y se opuso a la misma debidamente representada por la procuradora de los tribunales Sra. Dª. Griselda Martínez del Toro y asesorada por la letrada Dª. María José Varela Portela.



Segundo.- El conocimiento de dicha demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Sant Feliú de Llobregat, en el Procedimiento de su clase núm. 802/11, que tras los trámites preceptivos, dictó sentencia con fecha 1 de marzo de 2012, la parte dispositiva de la cual decía lo siguiente:

" que se desestima la pretensión de D. Leon de que se establezca un sistema de guarda y custodia compartida respecto de sus hijas Carlota y Cecilia, con las alteraciones de las Vacaciones y el pago de la pensión previstos en la demanda, debiendo continuarse con las medidas previstas en la sentencia de divorcio de 22 de enero de 2008. "

Tercero.- La representación procesal del actor interpuso contra dicha sentencia un recurso de apelación, que se admitió y se sustanció ante la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Rollo núm. 935/2012), la cual dictó una nueva sentencia en fecha 26 de julio de 2013, con la siguiente parte dispositiva:

" Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Don Leon, contra la Sentencia de fecha 1.3.2012 del Juzgado de 1ª Instancia nº CUATRO de SANT FELIU DE LLOBREGAT (autos nº 802/2011), sobre modificación de medidas reguladoras de los efectos del divorcio, en el que ha sido parte apelada (y demandada en la primera instancia) Doña Nicolasa, debemos REVOCAR la misma y, juzgando definitivamente en la instancia, debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE la demanda de modificación de medidas promovida por el actor en cuanto a la atribución de la guarda y custodia sobre las hijas Carlota y Cecilia, dejando sin efecto las medidas que vienen establecidas por las anteriores resoluciones a partir del día 1.9.2013, y estableciendo en su lugar y para lo sucesivo un sistema de custodia compartida basado en el EJERCICIO CONJUNTO de las funciones parentales, que se regirá por las siguientes reglas, con carácter de mínimas y sin perjuicio de que, con criterios de flexibilidad y cooperación en beneficio de las hijas, puedan concertar los progenitores: 1) Las hijas residirán durante el curso escolar habitualmente: en el domicilio del padre desde el lunes a la salida del colegio hasta el miércoles a la entrada del colegio; y con la madre desde los miércoles a la salida del colegio hasta los viernes a la entrada al centro escolar; los fines de semana se alternarán en el domicilio paterno y materno desde el viernes a la salida del colegio, hasta el lunes a la entrada al mismo; los periodos vacacionales por mitad (concretándose el verano en los meses de julio y agosto), correspondiendo al padre el primer periodo en los años impares y el segundo en los impares (sic). 2) Cada progenitor atenderá directamente los alimentos cuando tenga consigo a las hijas, y para los gastos de educación, vestido y sanidad no cubiertos por el sistema de la seguridad social, se abrirá una cuenta conjunta que administrara un año cada progenitor, comenzando para el curso escolar 2013/2014 por la madre, comunicando los apuntes contables anualmente al otro progenitor en el mes siguiente a la finalización del curso escolar. En la referida cuenta el padre ingresará mensualmente la cantidad de 500 ? y la madre 300 ? para cada hija (con el incremento del IPC anual); los gastos extraordinarios se atenderán al 62'5 % el padre y el 37'5 % la madre y los extraescolares según el pacto que en cada caso se concrete; 3) Tanto las medidas sobre la custodia como las económicas regirán a partir del día primero de septiembre de 2013, manteniéndose la distribución del verano de 2013 en la forma en la que viene; 4) Todas las decisiones de trascendencia para las hijas, incluidos los gastos extraescolares, se habrán de tomar de forma consensuada, recurriendo a los procedimientos de mediación en caso de desavenencia, con el apercibimiento de que la falta de colaboración y la actitud contumaz respecto a la participación en la mediación podrá ser valorada en un futuro proceso de modificación, con las consecuencias establecidas legalmente; y ello sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de la alzada "

Frente a esta resolución, la demandada presentó una solicitud de aclaración que fue resuelta por el mismo tribunal en virtud de un auto dictado el 2 de octubre de 2013, en el que se decidió como sigue:

"SE ACLARA LA SENTENCIA dictada en el presente rollo por esta Sala, en fecha 26.7.2013, en el extremo relativo a los turnos de estancia en las vacaciones de verano. Se asigna al padre el primer periodo en los años impares, y el segundo en los años pares, sin perjuicio de acuerdo documentado en interés de las hijas".

Cuarto.- Contra la sentencia y el auto aclaratorio a que se ha hecho referencia en el antecedente anterior, la procuradora de los tribunales Sra. Dª. Cristina Ruiz Santillana en nombre y representación de Dª. Nicolasa, interpuso un recurso extraordinario por infracción procesal y otro de casación que fueron admitidos a trámite por una interlocutoria de esta Sala de 16 de enero de 2014, por la que se confirió traslado al Ministerio Fiscal y a la parte recurrida (el actor) que se personó oportunamente en el Rollo formado en esta Sala para formalizar su oposición por escrito en el plazo fijado en la ley, vencido el cual se señaló para su votación y fallo de acuerdo con los preceptos correspondientes.

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

Fundamentos de derecho



Primero.- 1. El 1er y único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de la inicial demandada (Sra. Nicolasa), al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , denuncia la vulneración de " *las normas sobre valoración de la prueba en relación con el art. 24 CE* ".

Pese a la utilización del plural "*las normas*", en el desarrollo del motivo solo cita como infringido uno de los preceptos relativos a la valoración de las pruebas, el art. 348 LEC , en alusión a la pericial psicológica de las menores (Cecilia y Carlota), "suscrita por D^a. Noelia " y aportada con la contestación a la demanda, cuya valoración por el tribunal *a quo* se tilda en el recurso de " *ilógica, absurda e irracional* ".

Sin embargo, en la argumentación subsiguiente al enunciado del motivo se entremezclan alusiones y consideraciones relativas a otras pruebas practicadas en la primera instancia, por orden de mención:

la exploración judicial de las menores;

el interrogatorio de la demandada (la recurrente);

los informes emitidos por otras dos psicólogas (D^a. Piedad y D^a. Rocío) en relación con las menores;

los correos electrónicos "*los emails*" - intercambiados entre las partes en relación con "*la cura de unas verrugas y la ortodoncia*" de las menores (DOC. núm. 14 y 35);

el convenio de divorcio suscrito por las partes el 16 de julio de 2007;

los documentos aportados con la contestación a la demanda como núm. 5 a 12, relativos a los compromisos laborales y profesionales del Sr. Leon ; y

el interrogatorio del propio actor.

De la ponderación de todos esos medios de prueba, enfrentada a la mantenida por el tribunal de apelación, la recurrente pretende extraer la conclusión según la cual la valoración *conjunta* del tribunal de apelación "*ha resultado irracional, ilógica y absurda, pues más allá del deseo paterno no se advierten elementos que aconsejen cambiar el actual sistema monoparental*".

2. Pues bien, por lo que se refiere a los requisitos exigibles al motivo del recurso extraordinario por infracción procesal que pretenda denunciar el error en la valoración de la prueba, la doctrina recogida en numerosas sentencias de esta Sala -cuya cita en el escrito de oposición al recurso nos exime de mencionarlas aquí- sigue fielmente la de la Sala Primera del TS, sintetizada en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 30 de diciembre de 2011, según el cual:

" *La errónea valoración de la prueba no puede ser planteada en este recurso, salvo cuando, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, se demuestre que la valoración probatoria efectuada en la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica o absurda, en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o inválida por vulnerar un derecho fundamental* ".

Como se reconoce en el propio motivo del recurso, el razonamiento del tribunal *a quo* se sustentó en la valoración *conjunta* de diferentes medios de prueba.

Es cierto que en la sentencia recurrida solo se hizo mención expresa a "*las pruebas periciales practicadas*" (FD3), para extraer de ellas los puntos que tenían en común -"*los fuertes vínculos que las niñas mantienen con ambos [progenitores]*"-, pero no lo es menos que en ella hay también alusiones implícitas a las restantes pruebas -que aparecían perfectamente identificadas en la sentencia de primera instancia-, relacionadas con cuestiones de tanta importancia para la solución del conflicto a que responde la presente litis como son la del entendimiento satisfactorio de los progenitores en beneficio de sus hijas, o la de la posesión por ambos de las habilidades y de la madurez necesarias para "*generar un nuevo modelo de relación en beneficio de las hijas*", o, finalmente, la de la ausencia de óbices serios a la custodia compartida sobre la base de unos supuestos conflictos entre las hijas del actor y de la demandada y los hijos de la pareja actual de aquel, a los que aludieron las primeras cuando fueron exploradas judicialmente en la primera instancia.

Como hemos dicho en diversas ocasiones, el tribunal *a quo* no está obligado a basar sus decisiones en una prueba concreta ni a explicitar por qué da mayor credibilidad a una que a otra, ya que ello va ínsito en la tarea valorativa (SSTSJC 30/2008 de 4 sep. FD4 , 22/2010 de 31 may. FD2 y 4/2013 de 10 ene . FD2).

Pues bien, cuando la valoración impugnada se sustenta en un conjunto de pruebas -como aquí sucede-, la misma no puede ser impugnada sosteniendo la mayor relevancia de un elemento probatorio sobre otro u otros para obtener conclusiones interesadas y contrarias a las objetivas y desinteresadas del órgano jurisdiccional, ni siquiera aunque esta valoración fuera discutible (cfr. STS 1ª 697/2011 de 3 octubre FD4 y 213/2012 de 2 abril FD3), porque, en definitiva, "*solamente puede denunciarse como infracción del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 CE la valoración manifiestamente errónea o arbitraria de la prueba, pero no la*



valoración desacertada de la misma a juicio de la parte recurrente si no concurre aquel elemento de manifiesto error o arbitrariedad " (STS 1ª 64/2010 de 23 febrero FD4).

Alternativamente, tampoco cabe pretender que se efectúe una nueva valoración conjunta de la prueba por esta Sala (STS 1ª 218/2013 de 10 abr . FD4), porque la valoración de la prueba constituye función soberana y exclusiva de los Tribunales de las instancias y no es posible convertir el recurso extraordinario por infracción procesal en una tercera instancia (STS 1ª 318/2013 de 20 mayo , FD3).

3. La aplicación de esta doctrina al caso planteado conlleva a la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal.

En efecto, la recurrente discute la valoración de la prueba a través de ordinal 4.º del art. 469.1 LEC , manteniendo que la custodia compartida no es beneficiosa para las menores, fundamentalmente, en atención a la existencia de unos -supuestos- conflictos entre estas y los hijos de la nueva relación del actor y entre los propios progenitores, y en atención a la falta de disponibilidad horaria de aquel.

La sentencia recurrida ha establecido los hechos en que ha fundado su decisión mediante una apreciación conjunta de la prueba, de manera que no es posible impugnar ahora sus conclusiones intentando que atendamos a un elemento probatorio -una de las diversas pruebas periciales practicadas en la instancia- interpretado en un determinado sentido, a fin de que prevalezca sobre otro u otros informes periciales y sobre otros medios de prueba, ni plantear cuestiones que implicarían su total revisión, lo que -como ya hemos dicho- es impropio de la naturaleza y función del recurso extraordinario por infracción procesal.

Por todo lo anterior, el recurso extraordinario por infracción procesal ha de ser desestimado, sin perjuicio de la facultad que tiene este Tribunal para valorar las consecuencias jurídicas de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida en función de lo alegado por la recurrente en su recurso de casación.

Segundo.-1. El único motivo del recurso de casación, interpuesto al amparo del art. 3.a) de la Llei 4/2012, de 5 de marzo, denuncia la infracción de los **art. 233-8.1 y 3 y 233-11 CCCat** en relación con la **Disposición Transitoria 3ª.3** de la Llei 25/2010, de 29 de julio, del Llibre II del CCCat relativo a la Persona y a la Familia.

Considera la recurrente que, para poder revisar y modificar el sistema de custodia monoparental con régimen de visitas en favor del progenitor no custodio que fue consensuado y que ha venido rigiendo satisfactoriamente desde que fue dispuesto sobre la base del convenio suscrito por ambas partes en la sentencia de divorcio dictada bajo la vigencia de la legislación anterior (CF), y para sustituirlo por un régimen de custodia compartida, no es suficiente con que el progenitor no custodio exprese su deseo de constituir este tras la entrada en vigor del Llibre II del CCCat, sino que es preciso que se haya producido una modificación sustancial de las circunstancias que en su día fueron tenidas en cuenta para decidir la cuestión y que, en esa nueva situación, acreditada que haya sido, se satisfaga mejor el interés de las menores con el cambio de sistema de custodia que con el mantenimiento del anterior.

Por ello, estima la recurrente que, al haber dispuesto el tribunal de apelación la custodia compartida en base a la voluntad unilateral del actor y en virtud de una interpretación de la Disposición Transitoria 3ª.3 que le confiere a la decisión un cierto automatismo, ha descuidado gravemente la consideración prioritaria del interés de las menores en seguir bajo "*una forma de guarda que ha venido funcionando correctamente y que les ha proporcionado la estabilidad necesaria*", y por ello ha infringido la doctrina expresada por esta Sala en las diversas sentencias que cita en su recurso -todas ellas dictadas bajo la vigencia de la legislación anterior-, la cual impone atender exclusivamente al interés de las menores para decidir sobre la cuestión debatida (SSTSJC 29/2008 de 31 jul ., 24/2009 de 25 jun . y 9/2010 de 3 mar .).

Es cierto que, junto a la argumentación del recurso de casación que hemos sintetizado en el anterior apartado -que fue precisamente la que tomamos en consideración en la fase de admisión (art. 483 LEC) para advertir la concurrencia del necesario interés casacional-, se contiene otra que no podrá ser tenida en cuenta, puesto que supedita su estimación a la del recurso extraordinario por infracción procesal, al discutir la concurrencia de varios de los criterios previstos en el art. 233-11 CCCat que el tribunal de apelación estima concurrentes en este caso, por lo que se refiere a la colaboración y entendimiento de los progenitores en el cuidado de sus hijas menores, a la disponibilidad horaria del actor para atenderlas, a la normalidad de la relación de las mismas con los hijos de la nueva pareja del padre y al -supuesto- deseo expresado por las propias menores de no alterar el sistema de custodia.

2. Como es sabido, el recurso de casación debe partir de los hechos declarados probados en la alzada, que son los que se exponen a continuación integrados en lo que sea menester con los descritos en la de primera instancia, en la medida en que fueron asumidos por el tribunal *a quo* , que tan solo discrepó en cuanto a la aplicación del derecho, y, si fuere necesario, aquellos otros incontrovertidos que resulten de los escritos de las partes, a saber:



El actor (Sr. Leon) y la demandada (Sra. Nicolasa), que contrajeron matrimonio el 13 de julio de 2002, tuvieron dos hijas mellizas (Cecilia y Carlota) nacidas el NUM000 de 2004, se separaron en septiembre de 2006 y se divorciaron el 22 de enero de 2008.

En la sentencia de divorcio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Sant Feliú de Llobregat (autos núm. 618/07) se ratificó el convenio suscrito por ambas partes el 16 de julio de 2007, en el que, en síntesis y por lo que se refiere exclusivamente al objeto del presente recurso, se acordó que la patria potestad se ejerciera conjuntamente y que la guarda y custodia se atribuyera a la madre, comprometiéndose esta a *"propiciar una relación fluida del otro progenitor con las hijas comunes, entendiéndose que ello redundará en beneficio de estas y en su correcto desarrollo"*, y, en defecto de acuerdo sobre lo que debía considerarse *"una relación fluida"* a este respecto, consensuaron un régimen de visitas con fines de semanas alternos, un día intersemanal con pernocta más una tarde cada quince días y la mitad de las vacaciones.

Por lo demás, en el tiempo a que se refiere la demanda que ha dado origen al presente procedimiento:

ambos padres han venido manteniendo *"fuertes vínculos"* con sus hijas menores;

ambos padres, igualmente, han demostrado poseer *"habilidades propias y madurez suficiente"* para *"generar un nuevo modelo de relación en beneficio de sus hijas"*;

los dos progenitores han venido mostrando desde su separación una colaboración *"ejemplar"* en el cuidado de sus hijas;

atendida la edad de estas -en la actualidad, casi 10 años-, su adaptabilidad a la custodia compartida *"no plantea objetivamente problemas de ninguna especie"*;

en la exploración a que fueron sometidas las menores en la primera instancia, se limitaron a expresar que *"estaban bien con su padre y su madre, pero que a veces tenían problemas con los hijos de la pareja de [su padre]"*;

no consta, sin embargo, que los problemas de relación que hayan podido surgir entre las menores y los hijos de la actual pareja del padre revistan *"un mínimo grado de seriedad"*.

3. En nuestra STSJC 2/2014, de 9 de enero (FD4), declaramos que la viabilidad de los procedimientos de modificación de las medidas dispuestas previamente en procesos de separación, divorcio y nulidad, el art. 233-7.1 CCCat exige *"que hayan variado sustancialmente las circunstancias concurrentes en el momento de dictarlas"*, y recordamos -con cita de la STSJC 48/2012 de 26 jul.- que *"es necesario que en la demanda se describa el cambio de circunstancias producido y se acredite en el procedimiento que por su entidad y trascendencia son susceptibles de modificar la sentencia anterior, aunque no imponga un plazo determinado para intentarlo"*.

De todas formas *"sin admitir que, sin cambio legal o fáctico de clase alguna, puedan reproducirse los litigios para modificar las resoluciones judiciales que resuelvan las controversias producidas en esta materia"*-, en la misma resolución añadimos que, tratándose de medidas referidas a los menores de edad, *"si el procedimiento alumbra una decisión que ha de ser más beneficiosa para el menor, resulta indudable que el tribunal deberá adoptarla"*.

Cuanto se dijo entonces, sin embargo, deja a salvo las peculiaridades propias de las situaciones de Derecho transitorio, a cuya solución atienden prioritariamente las correspondientes disposiciones de la Llei 25/2010, de 29 de julio, y más en concreto la DT 3ª.

A este respecto, no ha mucho (STSJC 8/2014 de 3 feb., FD5) tuvimos ocasión de analizar los efectos de dicha disposición transitoria en relación con uno de los tres aspectos más novedosos de la reforma que, en materia de Derecho de familia, ha determinado la entrada en vigor del *Llibre Segon* del CCCat (la atribución del uso del domicilio en supuestos de crisis familiar).

Precisamos entonces que, si bien la regla general es el mantenimiento de las medidas de cualquier clase declaradas al amparo de la legislación precedente (CF), la DT 3ª prevé su modificación, a fin de adecuarlas a la regulación del *Llibre II* del CCCat, no solo en el supuesto de que se aprecien *"circunstancias sobrevenidas en aplicación de las normas vigentes en el momento de adoptarlas [las medidas]"* (DT 3ª.2), sino también cuando, solicitándolo así alguna de las partes -por tanto, en ningún caso de oficio-, se trate de la revisión de una de las tres cuestiones seleccionadas por razones de política legislativa y sobre las que la reforma ha introducido novedades de mayor calado.

Una de ellas es, precisamente, la relativa al cuidado y la guarda de los hijos comunes y al régimen de relaciones personales de los progenitores con ellos (DT 3ª.3). Quiere ello decir que, en lo que se refiere a la guarda y custodia de los menores y al régimen de visitas del progenitor no custodio con ellos, la DT 3ª.3 de la Llei 25/2010 permite modificar el régimen dispuesto por resolución judicial, con o sin convenio regulador, dictada



bajo la legislación precedente (CF) a fin de adecuarlo a lo dispuesto en el art. 233-10 CCCat (y demás concordantes), con tal de que así lo solicite cualquiera de los progenitores y aunque no se haya producido una modificación de las circunstancias consideradas *ab initio* .

Nótese de todas formas que la remisión expresa que dicha disposición transitoria (DT 3ª.3) contiene al art. 233-10 CCCat no podrá conllevar la *automática* implantación de la custodia compartida en aquellos supuestos en los que venía rigiendo la custodia individual o monoparental decidida bajo la vigencia del CF, puesto que en tales casos la autoridad judicial vendrá obligada, en todo caso y sin apriorismos, a chequear conforme a los criterios y las circunstancias previstas en el art. 233-11 CCCat si la modificación es beneficiosa para el menor afectado.

Por ello, aunque es incuestionable que la estabilidad emocional de los menores constituye un factor digno de consideración a la hora de resolver sobre el mantenimiento o la modificación de las medidas referidas a la relación con sus progenitores, ese factor no puede suponer el blindaje de las situaciones de custodia individual o monoparental decididas bajo la legislación precedente y la imposibilidad de que se adapten a la nueva regulación en aquellos casos en que así convenga al interés de los menores, ni siquiera en aquellos casos en que hubiere habido acuerdo entre los progenitores, cuya necesaria ratificación judicial se llevó a cabo bajo reglas diferentes de que las que ha introducido el *Llibre II* del CCCat.

Precisamente, en la sentencia aludida *ut supra* (STSJC 2/2014 de 9 de ene. FD4), tuvimos ocasión de expresar cuáles han sido las novedades introducidas por el *Llibre II* del CCCat en materia de custodia de los menores de edad en supuestos de crisis familiar determinada por separación, divorcio o nulidad del matrimonio de los progenitores, al hacer notar que el art. 233-8.1 CCCat , relativo a la responsabilidad parental, establece como principio rector que dichas situaciones " *no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos* " por lo que, en consecuencia, " *estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente* " , atendiendo en todo caso al interés superior del menor y a las circunstancias de cada caso.

En esta línea y en defecto de acuerdo válido de los progenitores, será la autoridad judicial la encargada de decidir si la guarda del menor debe ejercerse conjuntamente - " *ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales* " (art. 233-10.2 CCCat)- o si debe ejercerse de modo individual por uno de los progenitores " *si conviene más al interés del hijo* " (art. 233-10.2 CCCat), ofreciéndole para ello una serie de criterios flexibles que le permitan identificar cuál sea el superior interés del menor en la caso concreto, que vienen recogidos en los dos apartados del art. 233-11 CCCat .

En el primero de dichos apartados, el art. 233-11 CCCat establece una serie de circunstancias " *que deben ser ponderadas conjuntamente para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda* " (STSJC 2/2014 de 9 ene. FD4) y que, en realidad, vienen a positivizar los que la jurisprudencia había sancionado en los años precedentes a su entrada en vigor.

4. A la vista de las anteriores consideraciones estamos en condiciones de afirmar que, en el supuesto del presente recurso, el tribunal *a quo* interpretó y aplicó razonable y adecuadamente las normas en juego -la DT 3ª.3 y los arts. 233-8 , 233-10 y 233-11 CCCat -, atendiendo prioritariamente al interés de las dos menores y ponderando conjuntamente y de forma lógica al menos cinco de los factores establecidos en el art. 233-11-1 CCCat , aquellos a los que hacen referencia sus apartados a), b), c), e) y g) y que hemos descrito anteriormente, razón por la cual procede desestimar el único motivo del recurso de casación.

Tercero.- Una vez desestimados los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, deben imponerse las costas correspondientes a los mismos a la parte recurrente, conforme a lo previsto en los arts. 394 y 398 LEC , así como decretar la pérdida del depósito constituido para su interposición, al que deberá darse el destino legalmente previsto, conforme a lo dispuesto en la DA 15ª de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre , que modifica la LOPJ.

En virtud de todo lo expuesto,

Dispositiva

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

DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por Dª. **Nicolasa** , representada por la procuradora de los tribunales Sra. Dª. Cristina Ruiz Santillana, contra la Sentencia de 26 de julio de 2013 y el Auto de aclaración de 2 de octubre de 2013 dictados por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Rollo de apelación núm. 935/12 , dimanante del Procedimiento de modificación de medidas de divorcio núm. 802/11



seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Sant Feliú de Llobregat, con imposición de las costas procesales correspondientes y pérdida del depósito constituido para su interposición.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas y al Ministerio Fiscal con advertencia de que cabe recurso contra la misma y, con su testimonio, devuélvanse los autos y el Rollo a la Sección de la Audiencia Provincial de procedencia.

Así lo acuerda la Sala y firman el presidente y los magistrados identificados en el encabezamiento. Doy fe.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ