



Roj: **STSJ CAT 5647/2015 - ECLI:ES:Tsjcat:2015:5647**

Id Cendoj: **08019310012015100052**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **04/05/2015**

Nº de Recurso: **136/2014**

Nº de Resolución: **29/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA EUGENIA ALEGRET BURGUES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 5348/2014,**  
**STSJ CAT 5647/2015**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

**Sala Civil y Penal**

**R. Casación y extraordinario por infracción procesal nº 136/2014**

**SENTENCIA Nº 29**

Presidente:

Excmo. Sr. D. Miguel Angel Gimeno Jubero

Magistrados:

Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Eugènia Alegret Burgués

Ilmo. Sr. D. Joan Manel Abril Campoy

Barcelona, 4 de mayo de 2015

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 y extraordinario por infracción procesal núm. 136/2014 contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 18<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 174/13 como consecuencia de las actuaciones de procedimiento de modificación de medidas núm. 748/11 seguidas ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 5 de Sant Feliu de Llobregat. El Sr. Anibal ha interpuesto recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, representado por el Procurador Sr. Pere Martí Gellida y defendido por el Letrado Sr. Santiago Millanes Mato. La Sra. Penélope , parte recurrida en este procedimiento, ha estado representada por la Procuradora Sra. Ana Salinas Parra y defendida por la Letrada Sra. Purificación Romo Tomás. Con la debida intervención del MINISTERIO FISCAL.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Procurador de los Tribunales Sr. Pere Martí Gellida, actuó en nombre y representación del Sr. Anibal formulando demanda de modificación de medidas definitivas núm. 748/11 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Sant Feliu de Llobregat. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó sentencia con fecha 16 de julio de 2012 , la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente:

" *Estimar parcialmente la demanda presentada por la representación procesal de Anibal representado por el Procurador Sr. PERE MARTI en el sentido de no dar lugar a las modificaciones interesadas respecto de la Sentencia de divorcio dictada por este juzgado el 14 de noviembre de 2005 modificada por sentencia de la sección 18 de la AP de Barcelona en fecha 26 de julio de 2007 que permanece inalterada con la única variación*



respecto a que por alcanzar la mayoría de edad respecto el hijo mayor Hilario no cabe pronunciamiento alguno en cuanto a su guarda y custodia, más que se eliminen las cantidades que el padre abona a la señora Penélope para Hilario en concepto de pensión alimenticia, debiendo abonar a partir de ahora a la madre en concepto de tal pensión para los dos hijos menores Lucas y Ovidio la suma de 2814 euros mensuales haciéndose cargo de satisfacer directamente el padre todos los gastos ordinarios universitarios y extraordinarios de Hilario. En cuanto a los menores Lucas y Ovidio, se continuará con el sistema de guarda exclusiva atribuida a la madre y el mismo régimen de visitas y la pensión alimenticia fijada por la sentencia con la variación en el régimen de visitas de que el padre pueda tener a los dos hijos en su compañía en semanas alternas desde el jueves a la salida del centro escolar hasta el martes por la mañana en que los reintegrará al mismo así como que la semana que no le corresponda derecho de visitas pueden los menores acudir a la casa de su padre o comunicarse con este y su hermano mayor todos los miércoles (a falta de mejor acuerdo) desde la finalización del colegio hasta las 21 horas.

No se hace pronunciamiento especial en cuanto a las costas procesales".

**SEGUNDO.-** Contra esta Sentencia, la parte actora 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 20 de mayo de 2014, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Anibal, contra la sentencia de fecha 16-7-2012, dictada por el Ilmo. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia 5 de los de Sant Feliu de Llobregat, debemos revocar y revocamos la expresada resolución en el sentido de que se acuerda la guarda y custodia compartida de Ovidio con los mismos periodos de estancia con cada progenitor que establece la misma. El apelante satisfará en concepto de pensión alimenticia para Lucas la cantidad de 703,5? y para Ovidio 1.407?, más todos los gastos extraordinarios, escolares y extraescolares de ambos, y se hará cargo de todos los gastos de Hilario; se atribuye el uso de la vivienda que fuera familiar a la demandada hasta que finalice el sistema de guarda que se acuerda, confirmando los demás extremos de la misma, ello sin que proceda hacer especial mención sobre el pago de las costas causadas en esta alzada".

En fecha 15 de julio de 2014 se dictó Auto de Aclaración a la Sentencia con la siguiente parte dispositiva:

"Aclarar el final del Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia dictada por esta Sala en 20-5-2014 en el sentido de que donde dice "de los demás gastos pactados" quiere decir "los demás gastos peticionados", así como el Fallo en el sentido de que el apelante se hará cargo, además del pago de la pensión alimenticia de Lucas y Ovidio que se acuerda en la misma, del pago de todos los gastos ordinarios y extraordinarios de estudios, incluidos los de la Universidad, actividades escolares y extraescolares, seguros médicos, asistencia médico-sanitaria y teléfono móvil de ambos".

**TERCERO.-** Contra esta Sentencia, la representación procesal Don. Anibal interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. Por Auto de fecha 26 de enero de 2015, este Tribunal se declaró competente y admitió a trámite los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos, dándose traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para formalizar oposición por escrito en el plazo de veinte días.

**CUARTO.-** Por providencia de fecha 16 de marzo de 2015 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 13 de abril de 2015.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la Sentencia dictada en fecha 20 de mayo de 2014 y Auto de aclaración de 15 de julio de 2014, dictados por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en autos de apelación nº 174/13 seguidos en procedimiento de modificación de Sentencia de divorcio anterior y que se sustanciaron entre Anibal y Penélope, interpuso la parte actora recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por interés casacional.

La Sala admitió todos los motivos de ambos recursos presentados mientras que la parte demandada alega en su escrito de oposición al recurso problemas de admisibilidad del recurso de casación por entender de un lado que el motivo único invocado era la infracción de determinados preceptos del Código Civil de Catalunya y que el recurso carecía de claridad en la medida en que después el recurso se desarrollaba en cuatro motivos en los que se citaban, en el primero y en el segundo, seis artículos del CCCat, tres en el tercer motivo y uno en el cuarto.



Saliendo al paso de tales afirmaciones no apreciamos que el recurso adolezca de claridad como expone la parte recurrida toda vez que ciertamente el único motivo del recurso de casación que admite nuestro derecho así en el artículo 2,2 de la Llei 4/2012 y en el artículo 477,1 de la Lec 1/2000 es la infracción de las normas aplicables sin perjuicio de que en relación con la infracción de normas del ordenamiento jurídico catalán sea exigible, además, que se justifique, en la forma requerida, el interés casacional del caso para que el recurso pueda ser admitido a trámite.

Tampoco, en el supuesto analizado, la cita de varios preceptos del CCCat en varios de los motivos impedía la admisión del recurso en la medida en que se trata de preceptos homogéneos y relacionados que pueden ser citados en un mismo motivo.

Debe tenerse presente, además, que como hemos advertido en otras resoluciones (así, STSJC 25-7-2013 o STSJC de 26 de febrero 2015 y las que en ellas se citan) cuando el objeto del recurso se refiere al interés de los menores de edad, como ocurre en el caso debatido, pueden flexibilizarse los requisitos de admisión del recurso para comprobar si el interés del menor ha sido preservado teniendo en cuenta que la discusión sobre si se ha aplicado o no una norma fundando la decisión en el interés del menor puede presentar aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá.

Ello sentado procederemos a examinar el primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal para abordar posteriormente el examen del recurso de casación tal y como ordena la Disposición Final 16ª de la Lec 1/2000 .

### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

**SEGUNDO.-** El recurso que formula la parte actora se articuló en tres motivos.

En el primero, al amparo del artículo 469,1 , 2º y 4º de la Lec se denuncia la presunta infracción del art. 218,2 de la misma Ley en relación con el artículo 24,1 de la CE por estimar el recurrente que la Sala ha incurrido en error patente en la apreciación de la prueba en relación con el modo en que ha dispuesto la forma de ejercer la guarda y custodia compartida del hijo menor de los litigantes al no haber valorado las circunstancias establecidas en las letras a , b y d del art. 233-11 , 1 del CCCat .

Sin embargo, en el desarrollo del motivo no se denuncia, en puridad, ningún error patente en la valoración de algún medio probatorio concreto por parte de la Sala sino la ponderación por la misma de los elementos que deben ser valorados judicialmente para determinar la guarda y custodia de los menores en los procesos de separación o divorcio y que vienen recogidos en el art. 233-11 del CCCat , lo cual no constituye, en realidad, materia propia del recurso extraordinario sino del de casación que asimismo se formula con el mismo objeto.

Debe tenerse en cuenta que lo que discute el recurrente no es el régimen de guarda y custodia del hijo menor, que ya ha sido establecido por la Sentencia de apelación en forma compartida, modificando la monoparental a favor de la madre anteriormente dispuesta, sino el tiempo que ha fijado la Sala de estancias del menor con cada uno de sus progenitores, que en la práctica supone que Ovidio pernoctaría con la madre 9 días mientras que lo haría con el padre únicamente 5 en un período de dos semanas, con una tarde añadida cada 14 días.

El establecimiento de la guarda y custodia compartida supone que la Sala de apelación ha valorado que el padre se halla capacitado para asumir la custodia de su hijo menor y que existe la necesaria vinculación afectiva del mismo con el padre y con su nuevo entorno familiar, cuestiones por demás, que no fueron objeto de discusión en la litis, como tampoco lo fue la dedicación anterior del padre a los hijos.

Es por todo ello que el motivo del recurso extraordinario se desestima sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá al resolver el recurso de casación.

**TERCERO.-** En el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se denuncia, al amparo del art. 469,1 , 2 de la Lec , la infracción del art. 218,2 así como la del art. 465,5 de la Lec en la medida en que la Sala habría incurrido en incongruencia y en *reformatio in peius* al incrementar en la Sentencia y, sobre todo, en el posterior Auto de aclaración, en perjuicio del recurrente, las obligaciones alimenticias impuestas en primera instancia sin que la otra parte hubiese recurrido.

Para la jurisprudencia (por todas STS de 10-12-2012 ) la congruencia consiste en la necesaria conformidad que ha de existir entre el fallo de la Sentencia y las pretensiones deducidas en los escritos de demanda y contestación -no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos- que constituyen su objeto. La congruencia se da allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, sin que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible, por ser la finalidad del art. 218 de la Lec 1/2000 , la de asegurar que todos los



asuntos sometidos a la decisión judicial alcancen adecuada solución, poniéndose así fin al litigio y evitando que queden sin resolver cuestiones que pudieran ser objeto de una nueva pretensión.

Como recuerda la STS 53/2015 de 18 de febrero, con cita de otras anteriores la prohibición de la reforma peyorativa, *aunque no esté expresamente enunciada en el artículo 24 de la Constitución, tiene una dimensión constitucional, pues representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de la indefensión* ( SSTC 54/1985, de 18 de abril, F. 7 ; 28/2003, de 10 de febrero, F. 3 ; 120/1989, de 3 de julio, etc.). *Es, además, una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial ad quem exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la Sentencia impugnada que tenga su origen exclusivo en la propia interposición de éste.*

Para resolver la cuestión que se plantea cabe recordar, que en la Sentencia de divorcio cuya modificación se pretendió mediante la demanda, se estableció una pensión alimenticia a cargo del padre y a favor de sus tres hijos, entonces menores de edad, de 4221 euros mensuales (una vez actualizada) haciéndose cargo el padre, además, de los gastos extraordinarios de los hijos fuesen estos escolares, extraescolares o médico-sanitarios no abarcados por la mutua.

La Sentencia de primera instancia en relación con este punto suprimió un tercio de la pensión alimenticia dado que uno de los hijos había alcanzado la mayoría de edad y vivía con el padre. La Sentencia de segunda instancia habida cuenta que en el curso del proceso el segundo hijo Lucas también alcanzó la mayoría de edad y, además, había decidido alternar sus estancias en casa del padre y de la madre por meses, acordó reducir a la mitad su pensión alimenticia quedando en la suma de 703,50 euros y mantener la suma de 1407 euros al mes para el hijo menor Ovidio .

Así mismo dispuso en la parte dispositiva que el padre se hiciese cargo de todos los gastos extraordinarios, escolares y extraescolares de ambos.

De tal pronunciamiento cabía entender sin dificultad (en los fundamentos jurídicos se hacía referencia a los gastos pactados) que no se modificaba el sistema de abono de los gastos extraordinarios que en su momento habían convenido los cónyuges y que se habían mantenido en las Sentencias de separación y divorcio de los litigantes.

Sin embargo, la defensa del hoy recurrente instó una aclaración -innecesaria a nuestro juicio- para que se concretasen dichos pagos lo que motivó un error por parte de la Sala de apelación que lejos de especificar que los gastos pactados eran los extraordinarios de carácter escolar o extraescolar y gastos médicos igualmente extraordinarios, entendió que el padre -que se había ofrecido a asumir directamente los pagos por los estudios, gastos médicos y de móvil de sus hijos a cambio de reducir la pensión que abonaba mensualmente a la madre- debía abonar, además de la pensión alimenticia que venía satisfaciendo, los gastos ordinarios por estudios de sus hijos Lucas y Ovidio .

Es cierto, como dice la parte recurrida y hemos declarado en la STSJC de 26 de julio de 2012 que el principio de congruencia no opera con la misma intensidad cuando se trata de resolver sobre cuestiones relativas a los menores, pero también lo es que la Sala no incrementa la pensión alimenticia de oficio, razonándolo debidamente, sino que incurre en un manifiesto error de comprensión de lo que el hoy recurrente pretendía en el recurso de apelación que no era otra cosa que reducir la suma dineraria que venía entregando a la madre para la satisfacción de los gastos de alimentación, vestido y habitación de los hijos Lucas y Ovidio y hacer pago directo de los gastos de estudios ordinarios y extraordinarios de ambos hijos, actividades extraescolares, gastos ordinarios de mutua médica y asistencia médica sanitaria extraordinaria y teléfono móvil de ambos. De este modo la Sala, en el Auto de aclaración, incrementó la cuantía de la pensión que había sido acordada por la Sentencia de primera instancia sin que la otra parte hubiese recurrido tal pronunciamiento con manifiesta indefensión de la parte recurrente.

El motivo pues debe ser estimado.

**CUARTO.-** Igual suerte ha de correr el último motivo del recurso extraordinario que formula la parte sobre la base de lo dispuesto en el artículo 469,1, 2º y 4º de la Lec y en el que se denuncia la presunta infracción del art. 218,2 de la misma Ley en relación con el artículo 24,1 de la CE .

En dicho motivo se afirma que la Sala no ha tenido en cuenta la variación que han experimentado los medios económicos de la madre, la cual trabaja a tiempo parcial percibiendo un salario neto mensual de unos 900 euros además de tener rentas de uno de los pisos de su propiedad por importe, según su propia admisión, de unos 700 euros al mes.



Ciertamente la Sentencia recurrida, ni para desechar ni para tener en consideración, alude a la variación de los medios económicos de la madre que, a diferencia de los procedimientos anteriormente sustanciados, en la actualidad se ha incorporado al mercado laboral con un salario fijo y cuenta además con una renta de unos 700 euros mensuales por el alquiler de un piso de su propiedad (m. 22 del acta del juicio).

La Sentencia no ha respetado el artículo 218,2 de la Lec al tener en cuenta únicamente que los medios económicos del padre no han cambiado en forma sustancial, cuestión por demás prácticamente indiscutida, a tenor de lo consignado en el folio 14 de escrito de demanda, omitiendo injustificadamente toda consideración de las posibilidades de la madre para contribuir actualmente, junto con el padre, al sostenimiento económico de los hijos comunes.

Por el contrario, no apreciamos infracción legal alguna en relación con las necesidades de los hijos pues la demanda no se basó en que estas hubiesen variado (salvo en lo relativo a la mayoría de edad de Hilario y su cambio de domicilio y la petición de guarda y custodia compartida en relación con los otros dos). "El Sr. Anibal no pretende con este régimen abaratar el mantenimiento de sus hijos" se lee en el folio 16 de la demanda, sino de contribuir a los alimentos de los entonces menores en otra forma (pago directo de alguno de los gastos, contribución en especie por habitar en una vivienda propiedad de ambos, valoración de los ingresos de la madre, etc).

Habida cuenta la estimación de dos de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal no se impondrán las costas del mismo a ninguna de las partes.

### Recurso de casación

**QUINTO.-** En el primer motivo del recurso de casación se denuncia como infringidos varios artículos del libro II del CCCat. Así el art. 211-6 relativo a que el interés superior del menor es el principio inspirador de cualquier decisión que le afecte ; el art. 233-8 , 1 y 2 en relación con el carácter compartido de las responsabilidades parentales ; el artículo 233-8,3 que impone a la autoridad judicial en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales atender el interés prioritario del menor y el art. 233-11 , 1 y 2 del CCCat en relación con los criterios a tener en cuenta para determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda de los menores.

En el segundo motivo del recurso se dicen infringidos los mismos artículos.

Ambos motivos hacen referencia a los elementos y criterios que deben ser tenidos en cuenta para establecer y regular, cuando no existe acuerdo entre los cónyuges, la corresponsabilidad parental. En el primer motivo se invoca la Sentencia de esta Sala de 9-1-2014 en orden al valor que debe darse a los deseos de los menores indicando que no existe otra Sentencia que haga referencia a este tema y en el segundo se hace alusión a la vulneración de la doctrina de esta Sala establecida en STSJC de 9 de enero y de 22 de mayo de 2014 .

En el desarrollo de ambos motivos el recurrente combate que la Sala únicamente haya tenido en cuenta los deseos del hijo menor Ovidio (que manifestó su voluntad de mantener el statu quo existente e incrementar en un día las estancias con el padre) y no haya ponderado adecuadamente los otros criterios establecidos en el artículo 233-11,1, singularmente los apartados a), b) y g), así como el número 2 del mismo precepto pues mantuvo, aunque con nombre diferente (antes guarda monoparental y ahora guarda compartida), el sistema de estancias del padre con el pequeño establecido en la Sentencia de primera instancia desatendiendo, en forma injustificada y arbitraria, las ventajas del ejercicio compartido de la guarda y custodia que obligaría a asimilar los tiempos de permanencia con uno u otro progenitor y la conveniencia de la convivencia entre los hermanos pues el mayor vive habitualmente con el padre y el segundo alterna su habitación en casa de la madre y del padre a su voluntad.

En la STSJC de 9 de enero de 2014 ya tuvimos ocasión de exponer el valor y la importancia del trámite de audiencia a los menores cuando deben ser dictadas resoluciones que les afecten.

En concreto dijimos entonces que : *"La imprescindible audiència dels menors en el cas que tinguin suficient judici, i en tot cas si són majors de 12 anys, ve imposada per la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets del nen de 20 de novembre de 1989, ratificada per Espanya per Instrument de 30 de novembre de 1990, esmentada abans ( art. 12); per l'article 24 de la Carta dels drets fonamentals de la UE de l'any 2000; per l'article 9 de la LO 1/1996 , de 15 de gener, de protecció jurídica del menor; per l'article 770.4 de la LEC 1/2000; per la doctrina del TC que, en relació amb l'article 24.1 de la CE, ha establert que el nen que estigui en condicions de formar-se un judici propi té dret a ser escoltat en el procediment (judicial o administratiu) que l'afecti, especialment quan es tracti de l'adopció o modificació de les mesures relatives a la seva guarda i custòdia.*

*Pel que fa a la normativa catalana, el Codi de família ja disposava expressament que "a l'hora de decidir sobre la cura dels fills i els altres aspectes a què fa referència l'article 76, l'autoritat judicial ha de tenir en compte*



*preferentment l'interès dels fills i, abans de resoldre, ha d'escoltar els de dotze anys o més, i els de menys, si tenen prou coneixement" ( art. 82.2 del CF ), i el mateix es disposa ara en la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència, en relació amb "els infants i adolescents, d'acord amb llurs capacitats evolutives i amb les competències assolides, i en qualsevol cas a partir dels dotze anys" (art. 7.1).*

*L'article 233.11.1.e del CCCat diu, en relació amb els procediments de nul·litat, separació o divorci, que, per establir el règim de guarda i custòdia, cal tenir en compte, entre d'altres criteris, "l'opinió expressada pels fills", sense precisar-ne l'edat, tot i que l'article 211-6.2 ja havia establert que "el menor d'edat, d'acord amb la seva edat i capacitat natural i, en tot cas, si ha complert dotze anys, té dret a ésser informat i escoltat abans que es prengui una decisió que afecti directament la seva esfera personal o patrimonial."*

*El dret del menor a ser escoltat abans de prendre una decisió que el pugui afectar no significa, no obstant això, que la seva opinió o la seva voluntat hagin de ser determinants en la resolució que s'adopti. El seu criteri s'ha de tenir en compte però no pot erigir-se en element decisor. En un altre cas s'incorreria en el risc de convertir els menors en subjectes i en objectes de la disputa dels seus pares.*

*Així ho determina amb claredat l'article 233-11.1 que obliga a una ponderació conjunta dels criteris tinguts en compte, i l'únic que preval és el de l'interès superior del menor (211-6.1)".*

Entonces consideramos, también, que no cabe desconocer los deseos de los menores, siempre que: a) su opinión sea libremente emitida y su voluntad correctamente formada, no mediatizada o interferida por la conducta o la influencia de alguno de los padres; b) que sus razones sean atendibles porque no están inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, y c) que no esté desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los que, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores.

En tal sentido debe mencionarse, también, la reciente ratificación por parte del Estado del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 (BOE de 21 de febrero de 2015), aún no aplicable en el caso, donde se reitera la necesidad de consultar a los menores, y a tener debidamente en cuenta su opinión (art. 6 ) dotándoles de los instrumentos procesales necesarios para ello.

Finalmente cabe recordar como hicimos en la STSJC de 2-10-2014 con cita de otras anteriores 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.

**SEXTO.-** Ello expuesto cabe decir que no es posible en abstracto darle un peso específico o un valor jurídico determinado a una u otra de las circunstancias contempladas en el artículo 233-11 , 1 del CCCat pues como ordena la norma todas deben ser ponderadas conjuntamente siendo el límite de la revisión casacional, precisamente, la razonabilidad de la decisión tomada así como su justificación.

En el caso de la STSJC de 9-1-2014 el supuesto de hecho no era análogo al presente pues lo que se pretendía era pasar de una custodia compartida a una custodia monoparental, exponiendo la Sala las razones por la que no atendió con carácter prioritario al deseo manifestado del menor.

En el presente caso, para resolver adecuadamente la cuestión debatida debe tenerse en consideración, como antes hemos dicho, que la Sala ya estimó como lo más conveniente para el interés del menor el establecimiento de la guarda y custodia compartida radicando la controversia en la forma o manera de llevar a cabo ésta.

Esta Sala ya se ha pronunciado en las STSJC de 31-7-2008 y 3-3-2010 respecto a que la guarda y custodia compartida no supone necesariamente que los tiempos de permanencia con uno u otro progenitor sean idénticos.

Sin embargo, tampoco resultaría razonable, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su informe que, sin la pertinente justificación, la distribución de estancias con uno u otro progenitor no estuviese suficientemente equilibrada si se quieren maximizar los beneficios de un sistema conjunto o corresponsable de la parentalidad. Dicho sistema tiende a garantizar a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, constituyendo el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante el matrimonio de pareja de sus padres. Al tiempo que también asegura



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.

De este modo, en el caso analizado, no se ha justificado debidamente el mantenimiento del régimen de estancias de la Sentencia de primera instancia, pensado para una custodia monoparental, al establecer el sistema de guarda y custodia compartida, pues siquiera respeta los deseos del menor el cual manifestó no tener inconveniente alguno en incrementar un día las estancias con el padre respecto del sistema que en la práctica ya regía en aquel momento por acuerdo extrajudicial de los litigantes y que consistía en semanas alternas de jueves a la salida del colegio a martes a la entrada del mismo.

Los deseos del menor (que no se pronunció en favor de las estancias semanales que pretende el padre) deben ser respetados en la medida en que: a) se refieren no tanto al régimen de guarda y custodia sino a la forma y manera de llevarla a cabo y b) no perjudican su interés, pues el menor pernoctaría, incrementado un día las estancias con el padre, 8 días con la madre y 6 con el padre de cada 14 días, teniendo en cuenta que la madre cuenta con más tiempo libre que el padre para atender al menor al trabajar únicamente por las mañanas.

Lo anterior no supone contravenir el art. 233-11 , 2 del CCCat pues debe ponderarse que los hermanos son ya mayores de edad, el mayor vive con el padre por su propio deseo y conveniencia y el menor alterna las estancias entre la casa del padre y de la madre a su voluntad, con lo que no se impide que Ovidio mantenga la debida relación con sus hermanos.

En el caso de que los miércoles sean festivos el padre recogerá al menor en casa de la madre por la mañana en lugar de en el colegio.

Además, teniendo en cuenta la edad actual de Ovidio , éste podrá libremente visitar a su padre una tarde por semana respetando los horarios de la actividad escolar y el de las actividades extraescolares que en su caso realice. En caso de conflicto en relación con dicha tarde, resolverá el juez de la ejecución.

Se estimará pues el recurso de casación en la forma antes referida, manteniéndose en lo restante (vacaciones de verano, Semana santa y Navidad) el sistema de relaciones paterno filiales en la forma en que se venía desempeñando.

**SÉPTIMO.-** En el tercer motivo de casación se denuncia la infracción de los artículos 233-10-3 , 237-7 , 1 y 237-9 , 1 en relación con el artículo 231-5,1 del CCCat todos ellos relativos a los criterios para establecer la pensión alimenticia de los hijos, incidiendo en la incongruencia ya denunciada en orden al incremento de la contribución del padre en los alimentos de los hijos impuesta en la Sentencia y en el Auto de aclaración de la Sala de apelación -incongruencia ya estimada por vía del recurso extraordinario por infracción procesal- y en la ausencia de proporcionalidad y respeto al binomio necesidad y posibilidad que la jurisprudencia de esta Sala exige en las Sentencias de 60/2012 de 18 de octubre y 68/2013 de 28 de noviembre .

En el cuarto motivo del recurso de casación se dice infringido el artículo 233-10 , 3 del CCCat en relación con los artículos 233-8 , 1 y 236-17 , 1 del mismo cuerpo legal , también referidos a los alimentos de los hijos y a su administración interesando se fije como doctrina que bajo el régimen de guarda y custodia compartida asiste a los progenitores el derecho de asumir directamente el pago de los gastos de los hijos menores dado el carácter compartido de las responsabilidades parentales, derecho que ha sido negado en la Sentencia de apelación que mantiene el sistema de administración de los alimentos de los hijos por parte de la madre tal y como se venía realizando cuando el régimen de guarda era monoparental.

Por su íntima conexión ambos motivos se resolverán conjuntamente, teniendo en cuenta que se han estimado el segundo y tercer motivos del recurso extraordinario por infracción procesal ( DF 16 de la Lec ).

**OCTAVO.-** En relación con la cuantía de los alimentos de los hijos tanto en la Sentencia que cita el recurrente como en la STSJC de 30-5-2013 hemos declarado que según el artículo 236-17 del CCCat son los progenitores en virtud de sus responsabilidades parentales, los que deben cuidar de los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio, convivir con ellos, educarlos y proporcionarles una formación integral.

El contenido del deber de alimentos viene definido en el art. 237-1 a cuyo tenor: Se entiende por alimentos todo cuanto es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos para la formación si esta es menor y para la continuación de la formación, una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado antes por una causa que no le es imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular. Asimismo, los alimentos incluyen los gastos funerarios, si no están cubiertos de otra forma.

Si las personas que han de prestar los alimentos son más de una, de conformidad con el art. 237-7 del CCCat la obligación debe distribuirse entre ellas en proporción a sus recursos económicos y posibilidades. Criterio que se reafirma en el artículo 237-9 cuando para fijar la cuantía de los alimentos dice que se determina en



proporción a las necesidades del alimentado y a los medios económicos y posibilidades de la persona o personas obligadas a prestarlos.

De otra parte, según dispone el art. 233-10 , 3 del mismo cuerpo legal , la forma de ejercer la guarda de los menores, en el caso de separación o divorcio de los padres, no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes aunque deba ponderarse el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente.

Esta última disposición resulta acorde con la jurisprudencia de esta Sala expuesta en las STSJC 29/2008 de 31 de julio ; 9/2010 de 3 de marzo o 38/2013 de 30 de mayo , según la cual en el caso de guarda compartida no cesa la obligación de alimentos en función de las necesidades del menor o menores y posibilidades de los padres, por lo que en el caso de que se acredite que la capacidad económica de uno de los progenitores es muy superior a la del otro para evitar que las posibles desigualdades económicas puedan alterar la estabilidad del menor e incidir en sus preferencias, se puede optar para compensar la menor capacidad económica de uno de ellos por un sistema de cuenta común o por el establecimiento de una pensión de alimentos a favor del menor entregada al progenitor que ostente una menor capacidad económica, y ello aun cuando el tiempo de permanencia con los hijos/hijas sea idéntico.

De otro lado, la necesidad de guardar el binomio necesidad- posibilidad ha sido recogida en numerosas Sentencias de esta Sala, así las que cita el recurrente en su recurso, como en otras, por todas STSJC 24/2009 de 25 de junio, en la cual puede leerse que: *"la quantia dels aliments es determina en proporció a les necessitats dels alimentats i als mitjans econòmics i a les possibilitats de les persones obligades a prestar-los, proporcionalitat que ha de considerar el binomi "necessitat" de qui ha de rebre'ls i "possibilitat" de qui els hagi de satisfer, per la qual cosa, en cada cas concret s'han de ponderar els dos factors, tenint en compte, pel que fa a l'obligat, els recursos propis, les seves possibilitats, els mitjans econòmics, i fins i tot les rendes i el seu patrimoni.."*

**NOVENO.-** Expuesto lo anterior procede casar el pronunciamiento de la Sentencia de apelación en orden a los alimentos de los hijos Lucas y Ovidio en la medida en que:

la Sentencia, integrada por el posterior Auto de aclaración, incrementa injustificadamente (como hemos visto al estimar el recurso extraordinario por infracción procesal) la contribución del padre, al imponerle manteniendo de la pensión alimenticia en su día acordada con el sistema de guarda monoparental (que solo excluía el pago de los gastos extraordinarios) el pago de los gastos ordinarios médicos y escolares y de telefonía móvil de los hijos

Tampoco tuvo en cuenta que la madre ha accedido al mercado laboral y que tiene rentas de su patrimonio, que por tanto aunque las posibilidades económicas del padre sean muy superiores, también debe contribuir a los alimentos de los hijos habiéndose modificado las circunstancias anteriores tal y como expusimos al estimar el recurso extraordinario por infracción procesal.

En un sistema de guarda y custodia compartida no existe un cónyuge "administrador" en exclusiva de los alimentos de los hijos, por lo que de conformidad con el artículo 233-10 , 3 CCCat para establecer el importe de la pensión de alimentos puede y debe tenerse en consideración, además de lo periodos en que los tenga cada uno, los pagos que uno de los cónyuges se haya ofrecido a realizar directamente por lo que aunque no exista una forma predeterminada por la ley para llevar a cabo la administración de los alimentos de los hijos en esta forma de guarda, por lo que deberá estarse a las circunstancias de cada caso, tampoco existe impedimento alguno, sino expresa previsión legal para que los progenitores satisfagan directamente algunos gastos, solución que ya admitimos en la STSJC de 5-9-2008.

Es por ello que la pretensión del padre de hacer pago directo de los gastos de educación, ordinarios o extraordinarios, actividades extraescolares, mutuas médicas y gastos por asistencia sanitaria no comprendidos por las mutuas y telefonía móvil de sus hijos no debió ser rechazada por la Sala de apelación sin motivo ni explicación alguna.

Sentado lo anterior, dado el desequilibrio entre los ingresos económicos de uno y otro progenitor, admitido por el demandante - que ofreció abonar a la madre 450 euros por cada hijo-, el mismo deberá contribuir mientras los hijos estén con la madre, al pago de la manutención, vestido, suministros y gastos de la vivienda (cuyo uso por acuerdo entre las partes mantiene la madre hasta que finalice el sistema de guarda dispuesto y que son muy elevados dadas las características de la vivienda) así como otros de difícil cuantificación como ocio, farmacia, desplazamientos, etc.

Para ello esta Sala estima prudente, atendido el nivel económico de la familia, cuantificar la pensión por el hijo Lucas , ya mayor de edad, de 650 euros al mes y en 750 euros respecto del menor Ovidio que pasará algo más de tiempo con la madre.





La pensión deberá ser ingresada y actualizada en la misma forma en que lo era la anterior pensión.

**DÉCIMO.-** No se imponen las costas del recurso de casación habida cuenta su estimación ( arts. 394 y 398 Lec 1/2000 ).

## FALLAMOS

**LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, DECIDE :**

**ESTIMAR EN PARTE** el recurso extraordinario por infracción procesal planteado.

**ESTIMAR** el recurso de casación formulado por contra la Sentencia de fecha 20 de mayo de 2014 y el Auto de aclaración de 15 de julio de 2014 ; **CASAR** el pronunciamiento de la misma relativo a las estancias del menor Ovidio con el demandante y la pensión de alimentos establecida en la Sentencia y en el Auto en relación con los hijos Lucas y Ovidio pronunciamientos que quedaran sustituidos por los siguientes:

1.- Los períodos de estancia del hijo menor Ovidio con su padre (salvo a que otro acuerdo llegasen las partes) serán de semanas alternas desde el miércoles a la salida del centro escolar hasta el martes por la mañana que lo reintegrará en el mismo, salvo que el miércoles sea festivo en cuyo caso lo recogerá en casa de la madre a las 10 de la mañana. Además el menor podrá relacionarse con su padre una tarde a la semana hasta las 21 horas, respetando los horarios de su actividad escolar y extraescolar. En caso de que se planteen conflictos en relación con la tarde, decidirá el juez de la ejecución.

2.- El padre pagará directamente los gastos ordinarios y extraordinarios derivados de los estudios de sus hijos, actividades escolares y extraescolares, seguro médico, asistencia médico sanitaria y consumo de telefonía móvil.

3.- Cada progenitor se hará cargo del pago de los gastos relacionados con la manutención, alimentos, vestido y pago de gastos y suministros de la vivienda, ocio, desplazamientos, etc, de los hijos Lucas y Ovidio mientras los tengan en su compañía en cada una de las viviendas.

4.- Como contribución a esos gastos mientras los hijos se hallen en compañía de la madre, el padre abonará una pensión mensual de 650 euros en relación con Lucas y de 750 euros en relación con Ovidio , cantidades que se actualizarán anualmente conforme a las variaciones del IPC y que deberán ser ingresadas de forma anticipada por el Sr. Anibal en la cuenta corriente de la Sra. Penélope entre los días 1 y 5 de cada mes.

Se mantiene en lo restante la Sentencia apelada.

No se imponen las costas de ambos recursos

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 esta sentencia, 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.