



Roj: STSJ CAT 1941/2012
Id Cendoj: 08019310012012100017
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Barcelona
Sección: 1
Nº de Recurso: 98/2010
Nº de Resolución: 13/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: CARLOS RAMOS RUBIO
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Sala Civil y Penal

Recurso de casación y de infracción procesal núm. 98/2010

Sentencia núm. 13

Presidente:

Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau

Magistrados:

Ilma. Sra. D^a. María Eugenia Alegret Burgués

Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio

Barcelona, a 6 de febrero de 2012

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan más arriba, ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos contra la Sentencia dictada en grado de apelación el veintinueve de diciembre de dos mil nueve por la Sección 18^a de la Audiencia Provincial de Barcelona (rollo núm. 54/09), complementada por un Auto de tres de febrero de dos mil diez, dimanante del procedimiento de modificación de medidas de divorcio (núm. 45/08) seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de los de Barcelona. Don Olegario , representado por el procurador de los tribunales Sr. D. Alberto Ramentol Noria y defendido por el letrado Sr. D. Ramón Fernández de Mera, ha interpuesto los mencionados recursos. En el rollo de esta Sala el recurrente ha estado representado por el procurador de los tribunales Sr. D. José Antonio García Tapia. Ha comparecido como parte doña **Piedad** , representada por la procuradora de los tribunales Sra. D^a. Carmina Torres Codina y defendida por la letrada Sra. D^a. Núria Cosials i Ferrer, que se ha opuesto en debida forma y en tiempo oportuno a la estimación de los recursos.

Antecedentes de hecho

Primero. La procuradora de los tribunales Sra. D^a. Ana María Gómez-Lanzas Calvo, en representación de doña Piedad , interpuso una demanda de modificación de medidas definitivas acordadas en sentencia de divorcio dictada en 13 de diciembre de 2006 y en un auto de fecha posterior (20/11/2007) contra don Olegario , solicitando la privación al demandado de la patria potestad sobre la hija común, menor de edad, así como la suspensión *sine die* del régimen de visitas dispuesto por la sentencia de divorcio.

A dicha demanda se opuso, en principio, el Ministerio Fiscal, así como también el demandado, el cual, debidamente representado por el procurador de los tribunales Sr. D. Óscar Bagán Catalan, en escrito presentado en su nombre, contestó la demanda y formuló a su vez demanda reconventional solicitando que fuera declarada la custodia compartida (" *corresponsabilidad parental* ") por años alternos de la menor, con el contenido que en dicho escrito se detallaba o, en su defecto, que fuera dispuesta la custodia monoparental a su favor y, en última instancia, que se favoreciera el contacto de la menor con su padre en la forma asimismo detallada en su escrito.

Segundo. Las demandas inicial y reconvenional correspondieron al Juzgado de primera instancia núm. 45 de Barcelona (autos núm. 45/08) que, tras los trámites oportunos, dictó sentencia el veintidós de septiembre de dos mil ocho con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda formulada por D^a Piedad que ha sido representada por la Procuradora ANA MARÍA GÓMEZ-LANZAS CALVO, contra D. Olegario representado por el Procurador ÓSCAR BAGAN CATALÁN, así como la demanda reconvenional formulada por D. Olegario representado por el Procurador ÓSCAR BAGAN CATALÁN de la modificación de la sentencia de 13 diciembre de 2006 que fue confirmada por La Audiencia Provincia de Barcelona en su sentencia de 14 de enero de 2008, estableciendo como régimen de visitas a favor del padre, el que ambos progenitores fijen de mutuo acuerdo, atendiendo principalmente al interés de la menor, y en defecto de acuerdo, inicialmente y durante un período de tres meses el padre podrá tener consigo a la hija menor los sábados y los domingos de fines de semana alternos desde las 10.30 hasta las 20.00, y un día intersemanal que en defecto de acuerdo será el miércoles desde la salida del colegio hasta las 20.00. Transcurridos tres meses el padre podrá tener en su compañía a la hija los fines de semana alternos desde el sábado a las 10.30 hasta el domingo a las 20.00, y un día intersemanal que en defecto de acuerdo será el miércoles desde la salida del colegio hasta las 20.00; así como la mitad de las vacaciones de navidad, semana santa y verano, correspondiendo la primera mitad en los años pares a la madre y en los impares la padre.

Se acuerda la prohibición de salida del territorio nacional de la menor con el padre, debiendo solicitar la correspondiente autorización judicial; y la prohibición de que le sea expedido a la menor pasaporte a petición del padre. Líbrense los correspondientes oficios".

Tercero . Frente a la mencionada sentencia interpusieron ambas partes recurso de apelación, cuya resolución correspondió a Sección 18^a de la Audiencia Provincial de Barcelona (rollo núm. 54/09), que, tras los trámites preceptivos, dictó sentencia en veintinueve de diciembre de dos mil nueve con la siguiente parte dispositiva:

*"Que **DESESTIMANDO** los Recursos de Apelación interpuestos por la Procuradora Doña Carmina Torres Codina, actuando en nombre y representación de **DOÑA Piedad** , y [por] el Procurador Don Alberto Ramentol Soria, actuando en nombre y representación de **DON Olegario** , contra la Sentencia dictada el día 22 de Septiembre de 2008 en el Procedimiento sobre Modificación de Medidas de Sentencia de Divorcio Autos nº 45/2008 tramitados por el Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Barcelona, **SE CONFIRMA** la referida sentencia sin que haya lugar a la imposición de las costas de esta alzada."*

Frente a la indicada sentencia, la representación del Sr. Olegario presentó oportunamente una solicitud de aclaración y complemento que fue denegada por un Auto de 3 de febrero de 2010.

Cuarto. Contra la mencionada sentencia de apelación y auto aclaratorio, la representación procesal de don Olegario , ostentada entonces por el procurador de los tribunales Sr. D. Alberto Ramentol Noria, interpuso en tiempo y forma, con firma del letrado Sr. D. Ramón Fernández de Mera, un recurso extraordinario por infracción procesal fundado en diez motivos, los siete primeros al amparo del núm. 2º del art. 469.1 LEC , los dos siguientes con base en el núm. 4º de dicho precepto los dos siguientes, y el décimo y último con fundamento en el núm. 3º; y un recurso de casación fundado en un único motivo al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC , en este caso por vulneración de lo dispuesto en los art. 76.1 y 82 CF , que tras los preceptivos trámites legales fue admitido a trámite.

Conferido traslado de los dos recursos a la representación procesal de la demandada doña Piedad , oportunamente personada en el rollo de esta Sala por medio de la procuradora de los tribunales Sra. D^a. Carmina Torres Codina y asistida por la letrada Sra. D^a. Núria Cosialls i Ferrer, se opuso la misma tanto a su admisión como a su estimación, tras lo cual se señaló oportunamente día para la votación y fallo.

Quinto . Por Auto de 27 de enero de 2011 se denegó el recibimiento a prueba del recurso extraordinario por infracción procesal solicitado por el recurrente.

Ha sido designado ponente el Ilmo. magistrado de esta Sala Sr. D. Carlos Ramos Rubio.

Fundamentos de derecho

Primero . 1 Por lo que se refiere al examen de los presentes recursos, debe tenerse en cuenta que las reglas 6^a y 7^a del apartado 1 de la Disposición Final 16^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil , prevén que en el caso de que se hayan interpuesto conjuntamente y admitido los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, se resolverá primero aquél, y sólo en el caso de que se desestime aquél,

se examinará y resolverá éste; y que en el supuesto de que el motivo en que se hubiere fundado el recurso extraordinario por infracción procesal fuese el del número 2º del art. 469 LEC , la Sala, de estimar el recurso por este motivo, dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación.

2 . Antes de entrar a examinar los concretos motivos de los recursos presentados, debemos solucionar la petición del recurrente de que se admita una prueba documental aportada en esta instancia, consistente en una sentencia de fecha ocho de noviembre de dos mil once , que se inadmite por no ser condicionante o decisivo para resolver el recurso, conforme preceptua el 271.2 en relación con el art. 475 LEC en relación con el (vid. STS 1ª 623/2009 de 8 oct . FJ2).

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.-

Segundo . 1 . El primer motivo del recurso, al amparo del núm. 2º del art. 469.1 LEC , denuncia de forma acumulada la infracción de las reglas de la **carga de la prueba** (art. 217 LEC) y el error sufrido en la valoración del **interrogatorio de la parte** (art. 316 LEC), al entender que la sentencia recurrida declara probada la inexistencia de una " *comunicación fluida* " entre los progenitores, por cuya razón deniega la custodia compartida, solo y exclusivamente en base a la " *declaración interesada* " de la Sra. Piedad , sin tener en cuenta:

por un lado, que el recurrente ha presentado " *pruebas documentales* " (una carta manuscrita de la actora, diversos correos electrónicos y mensajes de texto de telefonía móvil) que demuestran que " *sí existe una comunicación interparental, aunque insatisfactoria para ella,... sobre lo imprescindible* "; y

por otro lado, que en los autos existen diversos datos que el recurrente ha intentado poner de relieve y que deberían haber influido negativamente en la " *credibilidad* " de la Sra. Piedad , tales como el haber interpuesto ésta la demanda de separación alegando ignorar el paradero del recurrente, cuando en realidad lo conocía " *perfectamente* " a través de la comunicación postal que éste mantuvo siempre con su hija, o las negativas valoraciones y descalificaciones que su testimonio y sus alegaciones han merecido en diversas causas penales y civiles que han enfrentado a las partes, según recogen las correspondientes resoluciones judiciales dictadas en ellas, lo cual demuestra -a su entender- que " *la Sala en ningún momento ha procedido a un examen crítico y razonado de las declaraciones* [de la Sra. Piedad]".

2. Hemos advertido en múltiples ocasiones, siguiendo la jurisprudencia del TS, de que en el recurso extraordinario por infracción procesal, a diferencia de lo que sucede con el de apelación, no se contempla un motivo específico en el que pueda incluirse la errónea o desacertada valoración de las pruebas practicadas entre las infracciones relativas a las normas reguladoras de la sentencia, como pretende el recurrente en este motivo.

A lo sumo, en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC solo es posible incluir el defecto de motivación en el juicio probatorio (art. 218.2 LEC) o, en su caso, la infracción de las reglas de la carga de la prueba (art. 217 LEC), cuya invocación, por cierto, no puede utilizarse para rebatir la valoración probatoria, y menos aún cuando - como sucede en este caso- el tribunal *a quo* ha considerado acreditados los hechos en virtud de las pruebas practicadas, ya sea basada en un medio de prueba concreto, ya sea por apreciación conjunta de diversas pruebas o, en definitiva, ya sea en base a la de presunciones (SSTSJC 32/2001 de 26 nov ., 30/2005 de 28 jul . y 36/2006 de 4 oct .; y SSTS 1ª 995/2004 de 27 oct . y 807/2006 de 20 jul .).

Ello no se contradice con el hecho de que sí se admita la denuncia del " *error patente o notorio* " y de la " *interpretación ilógica o irrazonable* " de los distintos medios de prueba legalmente previstos como un supuesto de arbitrariedad, en la medida en que ésta se halla proscrita por la CE (arts. 9.3 y 24.1 CE), pero siempre al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC (*Acuerdo* de la Junta General de Magistrados de la Sala 1ª del TS de 4 abr. 2006; SSTS 1ª 834/2009 de 22 dic ., 64/2010 de 23 feb ., 789/2010 de 25 nov . y 766/2010 de 1 dic .).

A este respecto, no puede dejar de hacerse notar que, si bien el recurrente pretende ligar este primer motivo de su recurso extraordinario por infracción procesal con el noveno, en el que denuncia la infracción del art. 24 CE (sin precisión del correspondiente apartado) con fundamento en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC , lo cierto es que se limita a manifestar aquí, sin reproducir los contenidos, que se trata de vulneraciones " *colindantes* " y que ambas inciden en la lesión del derecho fundamental al juez imparcial, que, en ausencia de otras explicaciones complementarias, debe referirse a la imparcialidad aparente u objetiva, es decir, a aquella que asegura que, por la neutralidad de su comportamiento, el juez se acerca al « *thema decidendi* » sin haber tomado previamente postura en relación con él.

No obstante, sin perjuicio del análisis particular que habrá de merecer el indicado motivo noveno y en atención a lo que en él se alega, es necesario adelantar que no consta que el recurrente hubiese formulado recusación frente a ninguno de los miembros del tribunal con base en un pretendido comportamiento discriminatorio durante la práctica de las pruebas llevada a cabo en la vista de apelación y, en particular, en el desarrollo de los interrogatorios de las partes, habida cuenta que, en tales circunstancias, no es posible entrar a valorar la mencionada alegación (STC 140/2004 de 13 sep . FJ4).

3 . Por lo que respecta particularmente al presente motivo, debe tenerse en cuenta que el tribunal de instancia es " soberano " para apreciar las pruebas y fijar los hechos de los que deba partirse para la aplicación del derecho, sin que dicha afirmación quede desvirtuada por la circunstancia de que, frente a las conclusiones obtenidas, puedan existir otros indicios probatorios de signo contrario que no haya considerado de relevancia suficiente, pues esta circunstancia constituye un elemento natural de todo proceso de valoración (Vid. entre otras SSTSJC 34/2006 de 18 sep ., 21/2007 de 21 jun ., 37/2008 de 6 nov . y 43/2011 de 6 oct .).

Por esa razón, no es posible pretender aquí la revisión de la prueba alegando que frente a los testimonios o a los documentos considerados por el tribunal *a quo* hubo otros, de signo contrario, favorables a las tesis del recurrente, como tampoco cabe desvirtuar la apreciación conjunta de la prueba efectuada por el tribunal *a quo* esgrimiendo para ello medios probatorios aislados (STS 1ª 1239/2007 de 29 nov . FJ1), ni pretender una revisión general de lo resuelto mediante una nueva valoración del material probatorio (STS 1ª 533/2011 de 8 jul . FJ3), porque, de permitirlo, la casación se convertiría en una tercera instancia, contrariando su verdadera función y naturaleza como recurso extraordinario (STS 1ª 839/2009 de 29 dic .).

Particularmente, en cuanto a la valoración del " *interrogatorio de parte* " (art. 316 LEC), debe recordarse que no tiene rango superior al resto de pruebas (SSTS 1ª 4 mar. 1994 y 562/2007 de 10 may. FJ3) ni posee eficacia tasada, de manera que se halle excluido de una eventual valoración conjunta (SSTS 1ª 1014/2006 de 23 oct . y 64/2010 de 23 feb .), cuando no sea la única prueba existente sobre el hecho enjuiciado (SSTS 1ª de 235/2003 de 17 mar. -FJ4- y 562/2007 de 10 may . FJ3); y, en definitiva, su fuerza probatoria dependerá de la armonía del conjunto de lo confesado, apreciada racionalmente con arreglo a las reglas de la sana crítica, y no de la fragmentaria consideración de las respuestas particulares (STS 1ª 707/1997 de 21 julio FJ2).

Y por lo que se refiere, en concreto, a las reglas de valoración de la prueba documentos privados (art. 326 LEC) -cuya infracción, por cierto, no ha sido invocadas en este recurso-, es necesario tener en cuenta que, al margen de su autenticidad y en lo que atañe a la significación de su contenido, la misma no prevalece tampoco sobre las demás (STS 1ª 1085/2007 de 22 oct .), sino que está sometida, como todas, a la libre y racional apreciación por parte de los tribunales (STS 1ª 251/2002 de 14 mar .) y puede ser objeto de valoración conjunta (STS 1ª 1346/2006 de 14 dic .), sin que en casación pueda desarticularse acudiendo a elementos aislados (STS 1ª 356/2003 de 3 abr .).

4 . En el presente supuesto, después de dejar constancia de que la custodia compartida ya había sido denegada en una sentencia anterior del propio tribunal -la que resolvió confirmar las medidas adoptadas al tiempo del divorcio- y de que desde entonces la situación no había variado " *sustancialmente* ", la Audiencia Provincial declara probado que no existe " *una comunicación fluida entre padre y madre* " (FD2), que considera " *fundamental,... porque son muchas y diarias las pequeñas incidencias que se plantean en la vida cotidiana y que han de resolverse rápida y eficazmente* ".

Se constata, además, que esta apreciación del tribunal de apelación concuerda con la que precedentemente había enunciado el magistrado juez de primera instancia, en cuya sentencia (FD3), plenamente confirmada en apelación -lo que, sin perjuicio de la singularidad de sus respectivas motivaciones, permite integrarlas en lo esencial por remisión tácita (STS 1ª 396/2007 de 30 mar . FJ5)-, hizo constar que no se daba en este caso " *un mínimo entendimiento y comunicación fluida entre los progenitores* ", cuya relación se llegaba a calificar de " *tremendamente conflictiva* ", con referencia a los múltiples procedimientos judiciales de toda clase existentes entre ellos, con los que quedaba perfectamente demostrada su escasa capacidad de entendimiento, de manera que concluyó también que no se había producido " *una modificación sustancial de las circunstancias* " contempladas en la sentencia de divorcio que justificara el cambio de la custodia monoparental de la madre a la custodia compartida nuevamente solicitada por el padre.

No cabe duda de que para llegar a dicha conclusión, sucesivamente, tanto el magistrado juez de primera instancia como el tribunal de apelación debieron de tener en cuenta, aparte de los respectivos interrogatorios de los litigantes y de sus declaraciones testimoniadas de otros procedimientos judiciales, las evidencias documentales de estos otros pleitos y los informes de los especialistas emitidos en éste -que como justificación de esas limitaciones de entendimiento hablan de vivencias opuestas, de relatos y proyectos divergentes,

de conflictos, de modelos de vida contrapuestos, de sensaciones de decepción y traición entre ellos-, de manera que, al margen de la significación que, desde el punto de vista estrictamente jurídico y en sede del recurso de casación pueda otorgársele para la adopción de la custodia compartida -lo que será resuelto allí-, el hecho de que el recurrente invoque ahora la existencia de unas cartas, correos electrónicos y mensajes de telefonía como demostración de su capacidad de entendimiento " *en lo imprescindible* " con el otro progenitor, o descalifique por poco creíble la declaración de la madre, no sirve para tachar a la conclusión probatoria de la Audiencia Provincial de arbitraria, entre otras cosas -incluidas las limitaciones para la revisión de la prueba de que hemos tratado más arriba-, porque el papel reservado a la madre como " *cuidadora principal* " -así la designa la sentencia de primera instancia (FD3)- le permitiría hacer llegar al recurrente determinadas instrucciones relacionadas con el cuidado de la menor para el tiempo en que estuviese en su compañía, cuyo voluntario cumplimiento por aquél, aunque loable y digno de ser tenido en cuenta a cualquier efecto relacionado con la evolución de las medidas, no presupone en absoluto ni la fluidez ni la facilidad en la comunicación interparental y mucho menos su reciprocidad, que aunque no sea imprescindible en todo caso -dependerá de las circunstancias-, sí es deseable para el correcto desenvolvimiento de la custodia compartida, a fin de preservar la relación en lo posible de conflictos cuya solución, de otro modo, podría eternizarse propiciando su enquistamiento.

En consecuencia, este primer motivo se desestima.

Tercero . 1 . Igualmente al amparo del núm. 2º del art. 469.1 LEC , el segundo motivo denuncia la infracción del art. 24 CE (sin precisión de apartado) y del art. 218.1 LEC , habida cuenta que la sentencia recurrida falta al **deber de claridad y congruencia** al no pronunciarse sobre la " *petición principal* " del recurrente, cual era la de " *guarda y custodia alterna por años* ", aunque llegara a flexibilizar su postura en el acto de la vista hasta el punto de dar a entender que se conformaría con " *un modelo de guarda y custodia compartida* " sobre la base del mismo régimen de visitas amplio que solicitó, subsidiariamente, en su demanda reconventional y en el subsiguiente recurso de apelación.

2 . Pues bien, por lo pronto la solicitud " *de aclaración y complemento* " de la sentencia, presentada en su día por el recurrente ante el tribunal de apelación y denegada por Auto de 3 de febrero de 2010, no contenía ninguna referencia a la pretensión que en este motivo se califica de " *principal* ", al objeto de que fuera resuelta expresamente en virtud de lo permitido por el art. 215.2 LEC y completada -en su caso- de esta forma la sentencia. Ello bastaría, sin más, para desestimar este motivo al constituir un flagrante incumplimiento de la obligación impuesta por el art. 469.2 LEC a todo aquel que pretenda interponer un recurso extraordinario por infracción procesal por incongruencia omisiva de denunciar y de pedir su subsanación en la instancia en la que se hubiere producido (ver por todas SSTS 1ª 289/2009 de 5 may. FJ4 y 869/2011 de 7 dic . FJ3; así como las SSTSJC 21/2010 de 31 may . y 47/2011 de 31 oct .).

De todas formas, tampoco se advierte el defecto en cuestión, teniendo en cuenta que la sentencia recurrida desestima íntegramente el recurso de apelación de ambas partes, lo que determina que no pueda ser tildada en ningún caso de incongruente (por todas, las SSTS 1ª 294/2011 de 15 abr. FJ3 y 966/2011 de 29 dic . FJ3, entre las más recientes), y aunque la desestimación del punto que el recurrente trae a colación en este motivo pudiera considerarse implícita, pero en cualquier caso válida (ver por todas, SSTS 1ª 581/2011 de 20 jul. FJ6 y 834/2011 de 10 nov . -FJ3-, entre las más recientes), no por ello dejan de advertirse claramente cuáles fueron las razones de la misma -a alguna de las cuales se ha hecho referencia antes y a otras se hará luego-, sin que deba tomarse en consideración, a los efectos de este motivo, que no satisfagan al recurrente (STS 1ª 596/2010 de 30 sep . FJ4).

En consecuencia, se desestima también este motivo

Cuarto . 1 . El tercer motivo, acogido como los dos anteriores al núm. 2º del art. 469.1 LEC , denuncia también la infracción del art. 24 CE (sin precisión del correspondiente apartado) y del art. 218.2 LEC , en referencia a la obligación de que la **motivación** se ajuste a las **reglas de la lógica y de la razón** , porque " *la sentencia incurre en... una multitud de contradicciones inherentes, incongruencias omisivas [y] falta de racionalidad* " en la medida en que, de una parte, reconoce las enormes ventajas de la custodia compartida y las desastrosas repercusiones de la custodia monoparental, y de otra, deniega aquélla por una supuesta " *falta de armonía interparental* ", pese a la evidencia, admitida por ambos progenitores, de que éstos " *mantienen una comunicación sobre todo aquello que es imprescindible* " para la menor, llegando incluso a " *pequeños acuerdos extrajudiciales* ", y pese a que es ilógico exigir armonía entre las partes sobre el mismo objeto de su discordia.

2 . El precepto procesal escogido para sustentar este motivo, relativo a la motivación como requisito interno de la resolución judicial, no obliga a otra cosa que a exponer en la sentencia de una manera comprensible los fundamentos de hecho y de derecho que integran el proceso lógico-jurídico de la decisión que se adopte y constituyen la razón causal de su fallo, en relación con las pretensiones de las partes, al margen de que dicha razón resulte más o menos convincente (SSTS 1ª 8/2009 de 28 ene. FJ2 y 781/2010 de 10 dic . FJ5), sin que sea necesario relacionar la actividad probatoria de una manera completa y separada, pues basta con que se haga referencia a los datos fácticos que se consideren relevantes para extraer las pertinentes consecuencias jurídicas (SSTS 1ª 415/2007 de 16 abr. FJ3 y 8/2009 de 28 ene . FJ2).

Pues bien, al margen de que hayamos de aceptar aquí como un punto de partida indiscutible, conforme a lo analizado al tratar del primer motivo -FD2- y sin perjuicio de las consecuencias que quepa anudarle al examinar el recurso de casación, que no se da una comunicación fluida entre los progenitores aunque exista cierta correspondencia entre ellos -téngase en cuenta que el tribunal no ha dicho que no exista comunicación alguna, sino que se ha limitado a afirmar que ésta es forzada-, se advierte que la sentencia explícita de una manera clara y perfectamente inteligible las razones que justifican la decisión adoptada en su parte dispositiva -según se expondrá más detalladamente en el FD7-, de manera que no se aprecia quiebra alguna de la lógica ni de la razón cuando, después de calificar la custodia compartida como la " *ideal* " en situaciones de crisis matrimonial, en la medida en que es la " *más parecida a la convivencia familiar* ", afirma que no es posible disponerla en todos los supuestos, por depender de " *las circunstancias concurrentes* " y de una serie de requisitos mínimos que no se dan en el presente caso; así como tampoco por el hecho de descartar con base en el mismo sustrato argumental tanto la medida principalmente solicitada (la custodia compartida por años alternos) como las peticionadas subsidiariamente (la custodia compartida por periodos menores o el régimen de visitas amplio), ya que nada autoriza a pensar que aquella forma de custodia -poco recomendable en menores de la edad de la hija del recurrente- exija una fluidez de la comunicación interparental distinta de la de otros sistemas en que la alternancia se produzca con mayor frecuencia, a riesgo de comprometer la estabilidad vital del menor.

En última instancia -como se verá más detalladamente en el siguiente fundamento-, tampoco atenta contra la razón o la lógica descartar la ampliación del régimen de visitas después de comprobar que la menor se ha adaptado satisfactoriamente al que está en vigor y que los especialistas no recomiendan su modificación.

En consecuencia, procede desestimar asimismo este motivo.

Quinto . 1 . En los motivos cuarto a séptimo, también al amparo del núm. 2º del art. 469.1 LEC y en todos los casos con cita del art. 24 CE (una vez más, sin mención de apartado concreto), el recurrente denuncia diversos *defectos formales* de la sentencia, que -a su entender- constituyen otras tantas infracciones de sus normas reguladoras.

En concreto, con cita del art. 218.3 LEC se denuncia la vulneración del deber de observar la **debida separación en los pronunciamientos** correspondientes a cada uno de los puntos objeto de litigio, según se dice, por utilizar " *un único argumento y fundamento de derecho para denegar tanto la guarda y custodia compartida por días, como alterna por años, como también un régimen de visitas más amplio favor del padre* " y que, en realidad, no se pronuncie sobre todos y cada uno de los siete objetos de litigio planteados en el recurso de apelación, respecto a algunos de los cuales propuso el recurrente infructuosamente que fuera completada la sentencia ex art. 214 y 215 LEC , a saber: 1) el cambio de colegio de la menor; 2) la revocación de las medidas que restringen que ella y su padre puedan salir libremente del territorio nacional; 3) la revocación de la progresividad del régimen de visitas; 4) la guarda y custodia compartida " *por años alternos* "; 5) con carácter subsidiario, " *el régimen de visitas más amplio posible* " a favor del recurrente; 6) igualmente con carácter subsidiario, la guarda y custodia " *monoparental* " a favor del padre; y 7) **la mediación familiar a fin de " atenuar los posibles roces entre los progenitores "**.

Con cita de los arts. 214.2 , 464.1 y 465.1 LEC , se limita a denunciar la existencia de **dilaciones indebidas** al no haber incorporado el auto en el que la Audiencia Provincial resolvió sobre la proposición de pruebas el señalamiento para la vista (art. 464.1 LEC) y al no haber resuelto en el plazo previsto ni la apelación (art. 465.1 LEC) ni la aclaración de la sentencia (art. 214.2 LEC), interesando " *simplemente* " un pronunciamiento declarativo de dicha vulneración.

Con invocación del art. 208.4 LEC , denuncia que la sentencia de apelación omite las indicaciones previstas en dicho precepto sobre **si era o no firme** y, en su caso, sobre **los recursos que procedían** contra la misma.

Y, finalmente -por lo que se refiere a este apartado-, con cita del art. 209.4 LEC , el recurrente denuncia que el fallo de la sentencia de apelación **no enumera los distintos pronunciamientos** correspondientes a las diferentes pretensiones de las partes, al margen de lo que pudiera deducirse al respecto de sus fundamentos jurídicos.

2 . A este respecto debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el art. 24.1 CE no garantiza el derecho a una respuesta pormenorizada a todas y cada una de las cuestiones planteadas por las partes -al margen de que el art. 209.4 LEC represente el *desiderátum* de claridad-, de manera que no existe incongruencia si el ajuste entre el fallo y las pretensiones de las partes es sustancial y se resuelven efectivamente éstas -lo que, como dijimos en el FD3, se da siempre en las sentencias absolutorias y en las desestimatorias-, aunque sea genéricamente, pese a que no haya pronunciamiento expreso respecto a alegaciones concretas no sustanciales o los que contenga no estén numerados, pues " *sólo la omisión o falta total de respuesta, y no la respuesta genérica y global a la cuestión planteada, entraña una vulneración de la tutela judicial efectiva* ", teniendo en cuenta, además, que " *el silencio puede constituir una desestimación tácita suficiente* " cuando la decisión expresa no fuera imprescindible (STS 1ª 22/2010 de 29 enero FJ2, con cita de las SSTC 68/88 , 8/1989 , 95/90 , 91/95 y 85/96).

Por otro lado, debe igualmente tenerse en cuenta que ni el derecho a los plazos procesales se encuentra constitucionalizado (STS 1ª 577/2000 de 4 jun . FJ1), ni las dilaciones indebidas se configuran como un motivo de casación (STS 1ª 216/2007 de 2 mar . FJ3).

Y, finalmente, que cuando la indicación de si una determinada resolución es o no firme y, en su caso, la de los recursos procedentes contra ella y la del órgano ante el que deban interponerse, se realice en la diligencia de notificación (art. 248.4 LOPJ), se entenderá subsanada su omisión en aquélla, al margen de que dicha omisión deba considerarse irrelevante cuando, como en el presente caso, la parte se halle debidamente representada por procurador y dirigida por letrado (STS 1ª 768/2010 de 26 noviembre FJ4, con cita de las SSTC 203/91 , 209/93 , 376/93 , 67/94 y 27/95).

3 . Pues bien, con referencia al supuesto del presente recurso, es cierto que en su demanda reconvenional, el recurrente había solicitado la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio en relación con la hija común menor de edad, en un sentido y alcance determinados.

En concreto, con carácter principal, solicitaba " *la custodia conjunta y/o compartida* " por años escolares alternos, en la forma y con la regulación descrita en los 8 apartados en que subdividía el hecho 11º de su demanda, que incluía, como un elemento más de dicha medida principal, la escolarización de la menor en un centro bilingüe italo-castellano a fin de garantizar su " *identidad cultural* " (hecho 11º.4). Otros elementos particulares de la misma medida eran que la menor no pudiese salir del territorio nacional con ninguno de los dos padres sin aprobación judicial (hecho 11º.7) **y que se dispusiese la mediación familiar en el caso de surgir algún conflicto durante su aplicación (hecho 11º.8)**. Solo de forma subsidiaria, solicitaba la custodia monoparental a su favor -" *para que la madre pueda tener más tiempo para... incorporarse al mercado laboral* "- y, finalmente, un régimen de visitas amplio (11.3º) y de contacto (11.5º) idénticos a los pergeñados para la custodia compartida a favor del progenitor durante el año escolar que no fuera el custodio principal. El suplico de la demanda se limitaba a remitirse en bloque a cada uno de los hechos, sin ninguna otra precisión o detalle que pudiera hacer pensar que se pretendía un pronunciamiento expreso sobre todas y cada una de las subdivisiones del hecho 11º.

Ya se ha dicho que la sentencia de primera instancia desestimó las demandas de ambas partes -la de la madre iba dirigida a que se privase al recurrente de la patria potestad y se suspendiese el régimen de visitas establecido hasta entonces.

En concreto, esta primera resolución justifica (FD3) por qué no procedía la custodia compartida con razones que alcanzan a explicar al mismo tiempo por qué no procedía tampoco -mucho menos- otorgar la custodia exclusivamente al padre, y sí, en cambio -como se dice expresamente (FD3)-, mantener la establecida en la anterior sentencia de divorcio a favor de la madre, en concreto, porque no había quedado acreditada " *una modificación sustancial de las circunstancias* " contempladas al decidir el divorcio y no existía " *un mínimo entendimiento y comunicación entre los progenitores* ".

Se comprende, por tanto, que, al decidir así, el juez de primera instancia entendiera razonablemente que no estaba obligado a desestimar todos y cada uno de los elementos particulares con los que el recurrente pretendía configurar su petición principal, que fue rechazada en bloque, y que, por ello, no tenía que particularizar la respuesta respecto a la solicitud de cambio de colegio de la menor **o a la de mediación**

familiar, así como tampoco por lo que se refiere a la custodia monoparental a favor del padre que, por la pura lógica de la incompatibilidad, quedó rechazada expresamente al mantener la de la madre.

Por su parte, al decidir modificar el régimen de visitas establecido hasta entonces a favor del padre por otro más progresivo, resolvió negativamente, por exclusión, la petición relativa al régimen de mayor amplitud solicitado de forma subsidiaria por éste.

Finalmente, la sentencia de primera instancia decidió prohibir la salida de la menor del territorio nacional cuando fuere en compañía del padre, así como la de obtener un pasaporte a petición de éste, no porque se tratase de una pretensión de ninguna de las partes, sino porque había sido acordada previamente en un Auto de 25 de julio de 2007 -dictado con ocasión del incidente producido ese año a raíz del viaje de padre e hija a Costa Rica-, como cautela del régimen de visitas.

Por tanto -sin perjuicio de lo que proceda decidir sobre el recurso de casación-, si se tiene en cuenta que se trata de una resolución desestimatoria y que, como tal -según dejamos dicho en el FD3- no puede ser incongruente y que la medida de la incongruencia ha de venir dada por la comparación entre los términos del suplico de la demanda o, en su caso, de la reconvencción y los del fallo (SSTS 1ª 847/2000 de 20 sep ., 641/2006 de 15 jun . y 672/2007 de 5 jun .), en el presente supuesto no se advierte ninguna incongruencia en la sentencia de primera instancia ni tampoco confusión de sus diversos pronunciamientos.

A pesar de ello, el recurrente adujo en su recurso de apelación que determinadas pretensiones de la reconvencción no habían sido resueltas debidamente, siendo entonces cuando, modificando su demanda, pretendió singularizar la petición de que fuera autorizado, " *con carácter cautelar* ", el cambio de colegio de la menor, y la de que, con el mismo carácter, fueran revocadas las medidas restrictivas respecto a su salida del territorio nacional cuando viajare en compañía del padre. La Audiencia Provincial resolvió expresamente por un Auto de 20 de mayo de 2009 -aclaratorio del Auto de 28 de abril de 2009 que dispuso el recibimiento del pleito a prueba- denegar expresamente estas medidas cautelares, en la medida en que pretendían " *anticiparse al fallo* " sobre el objeto del recurso.

Así las cosas, al resolver la Audiencia Provincial la desestimación íntegra de ambos recursos de apelación y confirmar la sentencia de primera instancia, debe entenderse que resolvió de la misma congruente manera las pretensiones explicitadas por el recurrente en su reconvencción, rechazándolas en bloque junto con la custodia compartida misma y por similares razones.

Por tanto, no puede afirmarse, como pretende el recurrente, que la sentencia recurrida infrinja ni el art. 218.1 LEC -abundando en las razones ofrecidas en nuestros FFDD 3 y 4- ni tampoco el art. 218.3 LEC en relación con el art. 209.4 LEC . Por esta razón, tampoco podrán ser resueltas por esta Sala, teniendo en cuenta, además, que algunas de las cuestiones que plantea (cambio de colegio) son relativas a la patria potestad y que no ha sido denunciado el precepto correspondiente (art. 139 CF).

Por otra parte, no se ofrecen tampoco en el recurso explicaciones, más allá de las relativas al incumplimiento de los plazos, para estimar producidas dilaciones indebidas en la alzada, que, por lo demás y como se ha dicho ya, no encuentran un cauce adecuado en este recurso.

Y finalmente, la simple contemplación de la diligencia de notificación de la sentencia de apelación al representante procesal del recurrente permite comprobar que, conforme al art. 248.4 LOPJ , fue debidamente enterado de los recursos que cabían contra la resolución judicial -en consecuencia, también de que no era firme-, así como de los requisitos exigidos para su interposición -concretamente, de la obligación de constituir depósito-, por lo que ninguna indefensión pudo derivarse para él por el hecho de que la sentencia no contuviera dicha precisión, máxime si se tiene en cuenta que, antes de anunciar y de interponer los recursos extraordinarios que ahora se examinan, decidió solicitar ante la propia Audiencia Provincial una " *aclaración y complemento* " de la sentencia, de manera que la invocación en estos momentos del art. 208.4 LEC debe considerarse puramente gratuita.

En consecuencia, se desestima el motivo cuarto y los siguientes, hasta el séptimo inclusive.

Sexto . 1 . Al amparo del núm. 4º del art. 469.1 LEC , se denuncia el **error en la valoración de la prueba pericial** con cita del art. 24 CE y del art. 348 LEC , al entender que la sentencia recurrida contradice el sentido de los informes emitidos por los especialistas (SATAF) en 14 de julio de 2008 y 15 de julio de 2009 , además de otros obrantes en la causa (del *Punt de Trobada* de 16 jun. 2008 y de una psicóloga de 29 oct. 2009) anteponiendo el tribunal que la ha dictado " *sus propias valoraciones periciales* " para llegar a " *conclusiones especulativas* ", como cuando menciona las " *consecuencias negativas en el estado emocional de la menor* " que atribuye a la prolongada estancia del padre en otro país (Costa Rica) y a la falta de relación, por dicho

motivo, entre padre e hija, teniendo en cuenta que de los informes periciales invocados resulta claramente, por un lado, que ambos progenitores preservan adecuadamente a la menor de los conflictos interparentales, manteniendo entre ellos un contacto al respecto " *sobre lo imprescindible* " por medio de diversas vías de comunicación (teléfono, SMS, e-mail, carta), de manera que la niña, según han constatado los especialistas, se siente cómoda, ilusionada, satisfecha y participativa en compañía de su padre, a la par que frustrada por no poder mantener una relación más normalizada; y por otro, que " *el progenitor que intenta metódicamente desacreditar al otro es la madre* ", mientras que el episodio de la estancia temporal del padre en Costa Rica (2005-2006) o el hecho de que fomente el que su hija se dirija a sus progenitores por sus respectivos nombres de pila, no lo descalifican para ejercer la custodia, como se pretende en la sentencia, sino que, por un lado, demuestra su interés por respetar la cultura de la madre (costarricense) y, por otro, es la lógica consecuencia de su propia educación antiautoritaria, común en la Alemania de finales de años 60.

2. Respecto a la prueba pericial, ya advertimos en el pasado -vid. SSTSJC 9/2010 de 3 mar . y 43/2011 de 6 oct .- que su revisión casacional es admitida solo de manera muy restrictiva, puesto que, al no hallarse positivadas " *las reglas de la sana crítica* " y ser perfectamente posible que el tribunal de instancia se aparte de las conclusiones de los peritos, que no son vinculantes, sólo se producirá la infracción procesal -como recuerda la STS 1ª 635/2006 de 20 jun . FJ9, con cita de otras muchas- cuando en las apreciaciones de los peritos aceptadas por el tribunal o en la valoración judicial que se separe de aquéllas se advierta algún defecto calificable como " *error patente* " -es decir, un error de hecho notorio-, o que pueda considerarse " *arbitrario o irracional* ".

Y por lo que se refiere, en concreto, a los informes de los especialistas -no necesariamente psicólogos (STS 1ª 660/2011 de 5 oct . FJ3)- que los jueces de familia decidan recabar, incluso de oficio -aunque el art. 92.9 CC no rija en Cataluña, el art. 752.1 LEC en relación con el art. 82.2 CF permite esta eventualidad-, para decidir sobre las medidas a adoptar en materia de custodia de los hijos menores de edad en supuestos de crisis matrimoniales, la jurisprudencia ha estimado que " *no son vinculantes* " (SSTS 1ª 1 oct. 2010 FJ6 , 252/2011 de 7 abr. FJ4 y 660/2011 de 5 oct. FJ3; SSTSJC 9/2010 de 3 mar. FJ1 y 27/2011 de 16 jun . FJ8), aunque, es evidente que, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tendrán " *una importancia decisiva* " (STS 1ª 578/2011 de 21 jul . FJ3) y que, una vez unidos a la causa, deberán ser valorados por el tribunal para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte la correspondiente decisión en materia de custodia, siempre en beneficio del menor; pero a partir de aquí, la decisión que adopte el tribunal al respecto estará sometida al criterio de escrutinio general, es decir, solo podrá ser revisada en casación -mejor dicho, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal- cuando sea arbitraria o llegue a conclusiones erróneas -vid. STSJC 9/2010 de 3 mar . FJ1-, pero no porque simplemente se aparte de las conclusiones de los peritos (STS 1ª 252/2011 de 7 abr . FJ4).

En definitiva, no le es posible al tribunal de casación sustituir los criterios valorativos del tribunal de instancia, simplemente, " *dudosos, contingentes o susceptibles de ser discutidos* ", pero en los que no se da ninguna arbitrariedad o error, ya que de otro modo la casación se convertiría en una tercera instancia con posibilidad de impugnación abierta y libre de la sentencia recurrida (vid., entre otras muchas, SSTS 1ª 9/2007 de 16 ene ., 988/2007 de 19 sep ., 1248/2007 de 16 nov ., 1273/2007 de 30 nov ., 430/2008 de 29 may ., 609/2008 de 25 jun ., 390/2009 de 10 jun ., 532/2009 de 22 jul . y 819/2010 de 15 dic .).

3. En el presente supuesto, tal y como advierte el recurrente, se han unido al procedimiento diversos informes de especialistas en psicología y trabajo social que recogen las observaciones y -lo que merece mayor atención- las valoraciones que hicieron sobre la relación de la menor con sus padres y, en algunos de ellos, la de éstos entre sí.

Entre todos, destacan especialmente por su rigor e imparcialidad (STSJC 27/2011 de 16 jun . FJ4) los realizados en 14 de julio de 2008 y 15 de julio de 2009 por el *Servei d'Assessorament Tècnic en l'Àmbit de Família* (SATAF), perteneciente al *Departament de Justícia* de la Generalitat de Catalunya, en la primera instancia y en la alzada respectivamente, habiendo requerido éste el tribunal de apelación por el mismo Auto (28/04/09) que decidió recibir el pleito a prueba, en cumplimiento de la facultad prevista en el art. 752.2 LEC .

Las conclusiones (valoraciones) contenidas en ambos son perfectamente congruentes por lo que se refiere, por un lado, a la consideración de la madre como el referente afectivo principal, más estable y continuado en el tiempo, con el cual se identifica la menor; por otro lado, a la progresiva consolidación del vínculo paternofamiliar -tras un periodo de ausencia de contacto entre padre e hija propiciada por ciertos incidentes derivados del conflicto matrimonial, se reanudaron las visitas, inicialmente de forma supervisada, en diciembre de 2007 y continuaron de forma normal a partir de octubre de 2008- merced a las habilidades del padre para captar la atención de la menor y crear complicidades con ella, pero a la que no es ajena la actitud de la madre

dirigida a preservar y fomentar la figura paterna durante el tiempo en que éste no estuvo presente; por otro, a los indudables efectos beneficiosos que la relación con ambos progenitores está teniendo progresivamente para la menor, que ha superado ciertas perturbaciones (conducta compulsiva) experimentadas en alguna fase del proceso y se ha adaptado favorablemente a la dinámica **familiar** propiciada por las medidas judiciales en vigor, de manera que no es aconsejable restringir el contacto con el padre; y finalmente, a la capacidad que han demostrado ambos padres, pese a la desconfianza y diferencias existentes entre ellos, para preservar a la menor del conflicto.

Ninguna de esas conclusiones recomendaba adoptar medidas diferentes a las que hasta ese momento se estaban aplicando y, teniendo en cuenta lo que cada una de las partes solicitaba en sus respectivas demandas, la única que incidía directamente en la cuestión litigiosa -en contra de la demanda presentada por la madre- es la contenida en el segundo de los informes, según la cual " *no s'han trobat indicadors que aconsellin una restricció del contacte paternofiliar* ".

Las valoraciones del informe (16/06/08) emitido por el organismo encargado de las visitas supervisadas (*Servei Punt de Trobada*), además de hallarse descontadas ya en los informes del SATAF, por el momento y por la situación en que fue confeccionado, han devenido intrascendentes para la solución de la cuestión litigiosa, salvo por el hecho de que su emisión -así como la del segundo de los informes del SATAF- se efectuó con exploración de la menor, además de oírse a ambos padres.

En el procedimiento existen otros dos informes, uno aportado con la demanda de la madre y emitido por una psicóloga que dictaminó en el sentido de las pretensiones de aquélla de restringir el contacto de la menor con el padre, y otro aportado al rollo de apelación por la representación de éste, debido a una psicopedagoga particular cuyos servicios fueron requeridos ante una determinada situación vivida por la niña con su madre, que constituye un diagnóstico preliminar e incompleto (no se oyó a la madre), salvo por lo que se refiere a la constatación de que el padre ha sabido establecer determinadas complicidades positivas con la niña. Ambos tienen un valor muy relativo y, por ello, no merecen mayores consideraciones.

Ninguna conclusión (valoración) hay, por tanto, en los informes periciales del servicio público (SATAF) que recomiende establecer un sistema de custodia o un régimen de visitas diferente al que se venía aplicando desde el divorcio (con alguna modificación posterior), que es precisamente lo decidido por la Audiencia Provincial -" *la situación no ha variado desde entonces,... desde que fue dictada la sentencia de instancia, la situación se ha mantenido más o menos estable...* " (FD2)-, al margen de que, en el desarrollo del razonamiento que le condujo a dicha conclusión, resaltara más algunas de las observaciones de los expertos que no favorecían la pretensión del recurrente que otras más elogiosas, y sin perjuicio de que antepusiera -como estaba legitimado para hacer- sus propias conclusiones, obtenidas por el examen del resto de la prueba, sobre los efectos que el conflicto de los padres estaba teniendo sobre la menor y sobre la responsabilidad de los mismos, especialmente por lo que se refiere al incumplimiento parcial por parte del recurrente de la obligación del pago de alimentos de la menor debido a su dedicación personal a los diversos litigios entablados frente a la madre, sin que ello, no obstante, tuviera trascendencia sobre la decisión de mantener las cosas como estaban.

En definitiva, no se observa ninguna diferencia esencial entre las conclusiones de los informes de los especialistas y la valoración que de ellas extrajo el tribunal para, junto a la apreciación de otros medios de prueba, adoptar su decisión sobre las pretensiones de las partes.

Por ende, se desestima también este motivo del recurso.

Séptimo . 1 . El noveno motivo denuncia la infracción del art. 24 CE (sin precisión de apartado) al amparo del núm. 4º del art. 469.1 LEC , al considerar que la sentencia recurrida incurre en **arbitrariedad** , especialmente por lo que se refiere a la valoración de las pruebas, para lo cual se remite -como dijimos en su momento- a lo expuesto en el motivo primero, sin perjuicio de resaltar aquí que la sentencia recurrida: a) atribuye al recurrente expresiones y manifestaciones que o bien nunca hizo en la forma y con el sentido con que se recogen en ella o bien precisó debidamente en su momento, para luego extraer el tribunal conclusiones arbitrarias y perjudiciales para él; b) incurre en " *omisiones sistemáticas* " de las pruebas que favorecen las pretensiones del recurrente, como la del " *inmenso beneficio* " que supondría para la menor aprovechar el " *bagaje lingüístico* " de su padre, que habla alemán, italiano e inglés; o c) descontextualiza ciertos hechos hasta el punto de distorsionarlos también en perjuicio de sus pretensiones, especialmente, cuando no se tiene en cuenta que la cuantía de la pensión de alimentos fue establecida en su día sin que el recurrente pudiera alegar sobre su verdadera situación económica y sin reconocer que, pese ello, se ha esforzado en abonarla " *dentro de sus posibilidades* " (2/3 partes) y ha corrido con otros gastos de la menor (vestido, calzado, otros materiales) contando con el apoyo de su familia (la abuela paterna); o como cuando se resalta que la " *litigiosidad judicial* "

" derivada de la pugna por la custodia de la menor ha podido afectar " *significativamente* " a su rendimiento profesional, obviando que se trata del ejercicio de un derecho y que, en cualquier caso, no puede considerarse un incumplimiento intencionado de sus obligaciones como padre.

Por otra parte, con alegación de infracción del art. 24 CE y del art. 6 CEDH y cita de las SSTC 162/1999 , 145/1998 y 142/1997 , así como de las SSTEDH de 1 de octubre de 1982 (caso *Piersack v. Bélgica*) y de 26 de octubre de 1984 (caso *De Cubber v. Bélgica*) -que se refieren a la falta de parcialidad del tribunal por confusión de las funciones de juzgar y acusar en un proceso penal-, el recurrente aduce que durante la vista del recurso de apelación quedó al descubierto la falta de imparcialidad del tribunal, a la vista del diferente trato probatorio que éste dio a los planteamientos de la parte contraria, que no fue perturbada en el ejercicio de su derecho defensa, y a los de la representación del recurrente, a la que el tribunal impidió realizar preguntas plenamente admisibles -como la relativa al horario laboral de la madre- y hubo de padecer la airada reacción de la presidenta del tribunal, que perdió la apariencia de imparcialidad exigida constitucionalmente.

2 . Por lo que se refiere a la denuncia de parcialidad del tribunal fundada en la actitud de su presidenta durante el interrogatorio de las partes en la vista de apelación, ya hemos adelantado -FD2- que tanto por el hecho de que no se presentó en su momento y en la propia instancia recusación alguna (STC 140/2004), como, sobre todo, por el hecho de que nada se dijera sobre ella en el escrito de preparación, a lo que debe añadirse ahora que no puede considerarse causa objetiva de recusación por pérdida de parcialidad el que, en el ejercicio de su función de dirección del debate, la presidenta del tribunal interrumpiera el interrogatorio de una de las partes exponiendo públicamente las razones que le condujeron a hacerlo, no cabe ahora otra decisión que la desestimatoria.

De todas formas, conviene destacar aquí que las valoraciones obtenidas por el tribunal *a quo* (FFDD 2 y 3) del conjunto de las pruebas pueden describirse (por orden de aparición en la resolución recurrida) de la forma que se expone a continuación, para mayor claridad:

Existe " *un alto grado de enfrentamiento en las posturas de una y otra parte litigantes* ", teniendo en cuenta lo incompatible de sus pretensiones;

la menor " *está sufriendo de forma evidente las consecuencias de la confrontación* ", si bien, " *desde que fue dictada la sentencia de instancia, la situación se ha mantenido más o menos estable* ", a salvo de algún " *incidente* " en la ejecución;

" *la madre ha mostrado una actitud más flexible y comprensiva frente a las necesidades de la hija y el deseo del padre* ", reconociendo la evolución favorable de la menor tras el restablecimiento del régimen de visitas, pese a su inicial postura procesal en la que pretendía la supresión todo contacto;

el padre, que no ha variado su postura procesal, no demuestra la misma " *flexibilidad* ";

el padre estuvo más de un año -entre 2005 y 2006- sin visitar a su hija, cuando se trasladó a otro país (Costa Rica) por su cuenta, ya que " *no consta acreditado pacto alguno entre los cónyuges al respecto* ";

el padre, restablecido el contacto, viajó en el verano de 2007 con la niña al extranjero (Costa Rica) sin comunicarlo previamente a la madre, que ostentaba la custodia exclusiva por decisión judicial;

desde hace tiempo, el padre no abona íntegramente la pensión de alimentos a favor de la menor que le ha sido impuesta en la sentencia de divorcio, por el motivo principal de que " *no puede rendir más en su trabajo como autónomo, profesor de idiomas, [porque] debe dedicar su tiempo a preparar los procedimientos judiciales en que está inmerso para conseguir la custodia de su hija* ";

" *se detecta que el padre no está protegiendo a la menor del conflicto en que se hallan inmersos los progenitores... no preserva a la hija del conflicto* ", al primar " *la litigiosidad en que se encuentra enquistada la situación [que " *está contaminando la relación* "] ... por encima del privilegio de disfrutar plenamente de la compañía de su hija, ayudarla en las tareas escolares... [y en] su rendimiento escolar* ", supeditando las necesidades escolares de la menor a la preparación y defensa de sus pretensiones procesales, en ilustración de lo cual se hace referencia a la " *anécdota* " del control escolar coincidente con la vista de primera instancia que el recurrente no ayudó a preparar adecuadamente a la menor;

el padre demuestra " *una falta de aceptación emocional de la realidad* ", como resulta de la forma en que se refiere a la madre -por su nombre de pila- cuando habla con la niña;

" *no existe una comunicación fluida entre padre y madre* ";

la niña " *no ha empeorado tras la reanudación de la relación con el padre* " y " *las dificultades iniciales se están superando* ";

" *las visitas se están desarrollando con normalidad* ";

" *el vínculo paterno-filial se está consolidando* " , y

la menor muestra " *nuevas cualidades* " y una " *sana naturaleza... a nivel físico y mental* ".

Buena parte de estas valoraciones proceden, como por lo demás es frecuente en los procedimientos matrimoniales, del interrogatorio de las partes, de los documentos presentados por sus representaciones y de los informes periciales, tras cuyo examen -con las limitaciones que expusimos en nuestros FFDD 2 y 6- descartamos que hubiere habido arbitrariedad en la valoración del tribunal de apelación, ni siquiera cuando éste se aparta de algunas de las observaciones de los especialistas sin contradecir, sin embargo, la esencia de sus conclusiones -que, como dijimos, recomendaban el mantenimiento de las medidas ya adoptadas-, al margen de la significación que deba otorgarse a las correspondientes apreciaciones a los efectos pretendidos mediante el recurso de casación.

No se pone en duda el " *bagaje lingüístico* " del recurrente, así como tampoco -él mismo lo admite- que no cumple la obligación de satisfacer la pensión de alimentos establecida judicialmente a favor de la hija - en la vista del recurso confesó que llevaba casi cinco meses sin hacerlo y " *anteriorment, tampoc abonava el que estava estipulat* " , y aclaró que ha pedido una modificación de la misma, sin que conste que le haya sido admitida- o que el motivo principal para no hacerlo es que " *actualment, més de la meitat del seu temps la dedica a la pugna judicial i això no li deixa temps* " , debiendo dejar para el examen del recurso de casación la significación que quepa atribuir a tales hechos por lo que respecta a la modificación de medidas pretendida.

Por todo ello, se desestima igualmente este motivo del recurso.

Octavo . 1 . El último motivo de este recurso, sustentado en el núm. 3º del art. 469.1 LEC , denuncia la infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso y, más en concreto, del art. 24 CE y del art. 9 de la L.O. 1/1996 de *Protección Jurídica del Menor* , que de conformidad con la doctrina del TC -se cita la STC 152/2005 de 6 jun . FJ3- hubiera requerido de la Audiencia Provincial **oír a la niña** (nacida el 30/12/01) para dictar su sentencia.

2 . Con base en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12) y en el art. 9 de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor* , en relación con el art. 24.1 CE , el TC ha establecido que el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene derecho a ser escuchado en el procedimiento (judicial o administrativo) que le afecte, especialmente cuando se trate de la adopción o modificación de las medidas relativas a su guarda y custodia, de una de las siguientes formas: bien directamente o por medio de representante designado por él, cuando tenga suficiente juicio; bien por sus representantes legales, cuando éstos no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o por medio de " *un órgano apropiado* " , referencia que hay que entenderla dirigida a las " *otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente* " de que habla el art. 9.2 de la LO 1/1996 (SSTC 221/2002 de 25 nov. FJ5 , 71/2004 de 19 abr. FJ7 , 152/2005 de 6 jun. FFJJ 3 y 4 y 22/2008 de 31 ene . FJ7).

Precisamente, a similitud del Código civil (art. 92.2 y 6 CC), nuestro Codi de Família disponía expresamente 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 CF), y lo mismo se dispone ahora en la *Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia* , en relación con " *los niños y los adolescentes, de acuerdo con sus capacidades evolutivas y con las competencias alcanzadas, y en cualquier caso a partir de los doce años* " (art. 7.1), que ha derogado la Ley 8/1995, de 27 de julio , *de atención y protección de los niños y los adolescentes* , que establecía una norma similar para todos los niños y adolescentes " *d'acord amb l'edat i les condicions de maduresa* " (art. 11.3).

3 . Por tanto, bajo la regulación del CF que estaba en vigor al iniciarse el presente procedimiento -el art. 233.11.1.e) CCCat dispone ahora que, para establecer el régimen de guarda y custodia, deberá tenerse en cuenta entre otros criterios " *l'opinió expressada pels fills* " , sin precisar su edad-, la Audiencia Provincial no infringió ninguna norma legal, teniendo en cuenta que la menor no había cumplido todavía los 8 años al tiempo de la vista del recurso y que no consta que tuviera " *prou coneixement* " .

En este sentido, el primer informe del SATAF, recogiendo la valoración del tutor que tenía asignado la menor en el centro escolar, se refería a ella diciendo que " *presenta particularitats quant a la seva fantasia i a la creació d'un món imaginari que, en alguns moments, fa que desconnecti de la realitat* ", y el segundo, emitido por el mismo organismo oficial apenas unos meses antes de la vista con exploración de la menor, hizo constar, por un lado, que " *presenta una baixa autoestima, cosa que afavoreix l'acceptació del que els altres li proposen* " y, por otro, que " *com a mecanisme de protecció i domini de l'entorn utilitza la fantasia* ".

En estas condiciones, a la vista de que no constaba que la menor tuviese suficiente conocimiento, que ya había sido explorada por el SATAF poco antes de la vista y se había recogido sus opiniones en el informe emitido por este organismo, y que ninguna de las partes había propuesto como prueba para la apelación la audiencia o la exploración de la menor, no es posible sostener ahora válidamente que el tribunal a quo infringiese ninguno de los preceptos citados en este motivo.

Téngase en cuenta, además, que, si bien es cierto que el recurrente incluyó un motivo de apelación (OCTAVO) en el que denunciaba expresamente la falta de audiencia a la menor en primera instancia, también lo es que del enunciado de dicho motivo se desprende que él mismo habría considerado suficiente con que la menor hubiese sido examinada por el SATAF -como, finalmente, fue-, lo que no le impidió, sin embargo, oponerse vivamente a la decisión de la Audiencia Provincial de recabar de oficio un nuevo informe de dicho organismo.

En última instancia, no debe olvidarse que la opinión del menor tampoco tiene carácter vinculante para el tribunal (ATSJC 28 oct. 2010 FJ3).

En consecuencia, procede desestimar este último motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

RECURSO DE CASACIÓN.-

Noveno . 1 . El recurso de casación (art. 477.2.3º LEC) se articula en un único motivo por infracción de los arts. 76.1 y 82 CF , al considerar que la sentencia recurrida vulnera la doctrina de esta Sala (SSTSJC 29/2008 de 31 jul ., 31/2008 de 5 sep . y 9/2010 de 3 mar .) que ha interpretado dichos preceptos, por lo que se refiere a la denegación en este caso de la guarda y custodia compartida so pretexto de una falta de " *comunicación fluida* " entre los progenitores, desconociendo que el interés superior del menor requiere que, en situaciones de crisis matrimonial, se garantice el " *contacto directo y permanente* " del mismo con ambos progenitores (Principio 14º, *Carta Europea de los Derechos del Niño* -CEDN-), así como también que se mantenga la " *responsabilidad conjunta* " de ambos padres en cuanto a su desarrollo y educación (Principio 12º CEDN), sin que para ello sea óbice decisivo la falta de estabilidad domiciliaria (STS 1ª 623/2009 de 8 oct .), ni la falta de armonía entre los padres, con tal de que no pueda ser catalogada de la " *extrema conflictividad* " propia de las situaciones de malos tratos (SSTSJC 29/2008 de 31 jul . y 9/2010 de 3 mar .).

En esta línea, sobre la base de las ventajas que para todo menor inmerso en un proceso de crisis matrimonial tiene la custodia compartida por ambos progenitores y los perjuicios que, por el contrario y según diversos documentos de Derecho comparado, tiene el sistema de custodia monoparental -pese a la frecuencia con que se aplica en nuestro sistema judicial-, el recurrente alega que aquí se advierten diversos elementos que, con arreglo a la expresada doctrina jurisprudencial, aconsejan la instauración del régimen de custodia compartida demandado:

- 1) el propio interés del recurrente, que lleva varios años reclamándolo ante diversas instancias;
- 2) la opinión favorable de la menor, que debería ser tenida en cuenta dada su actual edad (STC 152/2005);
- 3) el hecho de que no exista entre los progenitores una conflictividad que pueda ser calificada de extrema, sino, pese a la innegable litigiosidad judicial, una comunicación, por diversos medios, en cuanto a lo " *imprescindible* " para el cuidado de la hija común, que ha propiciado " *continuos mini-acuerdos extrajudiciales entre ambos* ", sin perjuicio de que sea susceptible de mejora;
- 4) la disposición del recurrente a mejorarla a través de la " **mediación familiar** ", que ha solicitado expresamente sin obtener respuesta del tribunal de apelación;
- 5) lo irrazonable que resulta exigir el " *acuerdo mutuo* " de los padres para establecer la custodia compartida, que haría innecesario cualquier procedimiento contencioso;
- 6) la inexistencia de informes periciales que desaconsejen en este caso la custodia compartida;

7) el que, dada la modalidad específica de custodia compartida solicitada en este caso -por años alternos- no sea exigible una comunicación " frecuente " entre los progenitores " salvo incidencias muy puntuales "; y

8) el hecho de que concurren buena parte de los factores que la doctrina del TSJC aconseja ponderar para decidir sobre la medida, a saber, además de los ya expuestos: a') el vínculo afectivo de la hija con el recurrente es el adecuado; b') el recurrente ha demostrado, según los informes periciales, una idoneidad para el cuidado de la menor similar a la de la madre; c') dispone de flexibilidad horaria dado su trabajo autónomo de traductor; d') a la vista de su bagaje cultural (origen alemán) y lingüístico (habla alemán, italiano, inglés y castellano), sería beneficioso para la hija disfrutar de más tiempo en su compañía; e') las residencias de ambos progenitores están próximas entre sí y con el colegio; y f') el domicilio del padre reúne las condiciones adecuadas para alojar a su hija.

Por contra, objeta el recurrente que pueda ser tomado en consideración como óbice decisivo para la instauración de dicho régimen de custodia -tampoco de un régimen de visitas más amplio- el incumplimiento de la obligación de contribuir económicamente a los alimentos de la menor, debido a su situación de limitada solvencia económica y a su particular dedicación personal a los litigios que le enfrentan a la madre, precisamente, por la custodia de la menor, puesto que dicho planteamiento, además de vulnerar el interés superior de ésta, que requiere de la corresponsabilidad parental más plena posible, se opone a la doctrina del TS, expresada en la STS 1ª 1285/2002, de 26 de diciembre, sin que conste que este TSJC tenga criterio propio al respecto.

En última instancia, el recurrente considera también contrario a los preceptos citados como infringidos el que se haya rechazado por el tribunal *a quo*, con el mismo argumento utilizado para desechar la custodia compartida, la adopción de un régimen de visitas más amplio a favor del padre que el instaurado hasta el presente, cuando la lógica dicta que no pueden exigirse los mismos requisitos para ambas medidas, con independencia de las contradicciones de que adolece la legislación española por lo que se refiere al mantenimiento, como categorías conceptuales diferentes y con contenidos funcionales imprecisos, de la patria potestad (art. 154 CC) y la guarda y custodia (art. 139.3 CF) y el derecho de comunicación, relación y visitas (art. 135 CF).

2 . En la actualidad, el criterio de esta Sala sobre la llamada custodia compartida en particular, en interpretación del art. 76.1.a) CF en relación con el art. 82 CF, se halla recogida en diversas sentencias - en menor medida, también en varios Autos que resuelven sobre la admisión de recursos de casación- con las que se ha ido formando un cuerpo de doctrina que podemos considerar firme, aunque, no obstante ello, susceptible de cierta sistematización y precisión complementarias a las que será preciso atender ahora.

En efecto, son diversas las resoluciones en las que nos hemos hecho eco de los indudables beneficios para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto **familiar** producido por la ruptura matrimonial que, frente a la custodia monoparental, tiene el sistema comúnmente conocido como *custodia compartida*, desde la primera en la abordamos específicamente el tema (STSJC 29/2008, a la que siguieron en la misma línea las SSTSJC 31/2008 y 24/2009).

No obstante, ya desde el principio dijimos que no puede afirmarse que la custodia compartida constituya una solución única que valga para todos, sin perjuicio de que 'de lege ferenda' pudiera construirse como una solución preferencial (STSJC 29/2008 FJ5), y más adelante tuvimos ocasión de precisar -siempre bajo la vigencia del CF- que el único criterio a tener en cuenta es el del interés del menor en cada caso, de manera que ni la custodia compartida puede ser considerada " una situación excepcional enfront de la custòdia monoparental " ni tampoco puede primar sobre ésta (SSTSJC 10/2010 FJ2, 44/2010 FJ3 y 27/2011 FJ8), o, como de forma más clara expusimos en nuestro ATSCJ 131/2011 (FJ4) con cita de otros (ATSCJ 3 oct. 2011 y 10 nov. 2011, a los que debe añadirse ahora la del ATSCJ 22 dic. 2011 FJ3) para inadmitir sendos recursos de casación, " es incierto que en la situación legal que se contempla [la del CF] pueda establecerse una preferencia de la custodia compartida sobre la custodia monoparental por razón del interés del menor ".

Este criterio, sin perjuicio de las apreciables diferencias entre la normativa del CC y la del CF, concuerda también esencialmente con el del TS, que además aclara que " la norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor " (STS 1ª 641/2011 de 27 sep. FJ5).

En cuanto a los criterios a tener en cuenta para detectar cuándo el interés del menor puede aconsejar o, incluso, exigir que se adopte el sistema de custodia compartida frente al monoparental, siguiendo al

TS denunciamos la inexistencia en nuestro ordenamiento de un listado legal, por lo que consideramos aceptable, a título meramente ejemplificativo, algunos de los que el Alto Tribunal se ha permitido extraer del derecho comparado, tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar **familiar**; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven (SSTS 1ª 623/2009 de 8 oct. FJ5 y 496/2011 de 7 jul . FJ7).

De todas formas, nos permitimos advertir que no era necesario ni que se dieran en cada caso todos los criterios ni tampoco que el tribunal debiera examinar todos ellos ante cada supuesto en concreto, " *como si se tratase de un listado de supuestos taxativos y de forzosa y legal observancia, sino que atendido uno o varios de ellos y de forma casuística se deberá proceder a examinar la bondad o no de la guarda y custodia compartida en función de todas las circunstancias concurrentes* " (STSJC 27/2011 FJ8, con cita del ATSJ 27 sep. 2010).

En concreto, por lo que se refiere al de la conflictividad y las dificultades de comunicación entre los progenitores, es cierto que en un principio pudo no entenderse correctamente cuando declaramos, apelando a un precedente aislado (STSJC 2/2007), que la custodia compartida debía desecharse " *en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos* " y, al propio tiempo, que no debía descartarse " *frente a cualquier grado de conflictividad* " (STSJC 29/2008 FJ 5, y en el mismo sentido SSTSJC 24/2009 FJ2 , 9/2010 FJ1 y 10/2010 FJ2 y 44/2010 FJ3), de manera que se interpretara bienintencionadamente como que solo cabía descartar la custodia compartida en aquel supuesto extremo, pero no en los demás.

Sin embargo, bien pronto precisamos que para decidir en esta materia era necesario siempre atender a la naturaleza de las " *relaciones interparentales* ", especialmente en los supuestos de falta de acuerdo, cuando pudieran afectar al menor, teniendo en cuenta que " *una de las causas que empecen a la concesión del ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos menores tras la ruptura matrimonial viene constituida, sin duda, por la conflictividad u hostilidad entre los padres, porque cualesquiera que hubieren sido las causas de la separación o del divorcio, es necesario un cierto grado de entendimiento y consenso entre los progenitores para poder ejercer de modo adecuado la corresponsabilidad parental, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la autoridad judicial en caso de desacuerdo o de conflicto de intereses (arts. 138.1 , 139.2 y 151 CF)* " (STSJC 9/2010 FJ1), aunque no por ello cabía sostener " *de manera automática* " que delante de cualquier situación de conflictividad debía excluirse la custodia compartida, si esta venía exigida no obstante por el interés concreto del menor (STSJC 47/2009 FJ2).

En el mismo sentido, el TS declara que " *las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida; solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor* " (STS 1ª 579/2011 de 22 jul . FJ4).

Por tanto, es lógico que consideráramos que no era arbitrario descartar dicha medida, por no convenir en el supuesto en concreto al menor, ante el " *difícil entendimiento entre los padres y una grave conflictividad* " (STSJC 44/2010 FJ3), o atendida la conflictividad " *patente* " o " *alta* " puesta de manifiesto por la existencia de " *algún juicio de faltas entre ellos* " (STSJC 27/2011 FJ4), o en razón a una simple conflictividad vinculada a otros factores (AATSJC 27 sep. 2010 FJ3 y 22 dic. 2011 FJ3), o a la vista de que " *las relaciones de los padres son difíciles y falta comunicación entre ambos* " (ATSJ 3 oct. 2011 FJ2). Si bien, es cierto que en otros supuestos, igualmente por convenir al menor en el caso concreto y en función de las circunstancias allí concurrentes, estimamos que no era óbice para aceptar la corrección de la custodia compartida, " *una falta de comunicación que no afecta el desenvolvament integral del menor* " (STSJC 10/2010 FJ2) o " *las malas relaciones de los progenitores* " (ATSJC 11 abr. 2011 FJ3) o la conflictividad focalizada que no había trascendido al menor (STJC 9/2010 FJ1).

Finalmente, por lo que respecta a si también debe atenderse al factor del incumplimiento por alguno de los progenitores de sus deberes frente al menor, es cierto que no hemos tenido ocasión todavía de pronunciarnos expresamente al respecto, pero obligados a hacerlo ahora no podemos dejar de estar de acuerdo con el criterio del TS, para el cual a estos efectos es razonable considerar, entre otros criterios, el relativo " *al cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos* " (SSTS 1ª 94/2010 de 10 mar. FJ4 y 496/2011 de 7 jul . FJ7, ambas con cita de la STS 1ª 623/2009 de 8 oct .), e incluso

" *la propia actitud del recurrente durante el procedimiento* " (STS 1ª 660/2011 de 5 oct . FJ4), dejando a salvo el derecho de contacto mediante el régimen de visitas del progenitor incumplidor con su hijo, a que se refiere la resolución del TS citada en el recurso (STS 1ª 1285/2002 de 26 dic .)

3 . Pues bien, conforme a la doctrina expuesta, a la vista de los razonamientos del tribunal de apelación descritos en nuestro FD7 y teniendo en cuenta que la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal convierte en intangibles los hechos declarados allí probados, no podemos considerar arbitrario el pronunciamiento llevado a cabo en este caso en cuanto a la custodia de la menor, atribuida a la madre desde la sentencia que declaró el divorcio, con un régimen de visitas ampliable progresivamente a favor del padre, sin perjuicio de su eventual revisión en futuro, dependiendo de la favorable evolución apuntada en cuanto al reforzamiento del vínculo entre el padre y la menor, dada la ausencia de efectos de cosa juzgada en esta materia.

En efecto, si bien la notable conflictividad entre los progenitores descrita en la sentencia recurrida se encuentra focalizada en la discusión sobre la custodia de la menor y la frecuencia con la que el padre pueda tener a su hija en su compañía, lo que por sí solo podría ser insuficiente para justificar la exclusión de la forma de custodia solicitada, a la vista de que, en principio, habría de resultar objetivamente beneficioso para la menor mantener un nivel de relación similar -no necesariamente igual- con sus dos progenitores, en la medida en que, además de concurrir otros factores positivos (aptitud de ambos progenitores, cercanía de domicilios, etc.), ambos representan, cada uno por su lado, su vínculo más cercano con las dos culturas diferentes y complementarias que en ella confluyen, en la actual situación en que, además de dicha conflictividad y dificultades de comunicación con la madre, se evidencia un palmario incumplimiento de los deberes de prestación alimenticia impuestos por una resolución judicial vigente -no consta que se hubiere modificado-, cuya principal causa no se halla en eventuales dificultades económicas insuperables o difícilmente superables, sino en la intencionada supeditación de dicha obligación a una absorbente actividad procesal desplegada de manera directa y personal en los diferentes litigios que le enfrentan a la otra progenitora, no cabe reputar de arbitraria la decisión del tribunal de apelación, ni siquiera aceptando la agudeza del efugio según el cual la litigiosidad se acabaría si se le diera la razón y al que no podemos dar cobertura en derecho.

Por otra parte, sin perjuicio de las consideraciones vertidas en nuestro FD5 sobre la ordenación de las pretensiones contenidas en la demanda, la solicitud de que sea impuesta una **mediación familiar** con vistas a superar las dificultades de entendimiento con el otro progenitor en orden a la fijación de la custodia compartida, debe tenerse en cuenta que la eventualidad prevista en el art. 79.2 CF requiere de un pronóstico de viabilidad que, por el momento, está muy lejos de poder emitirse en este caso con los datos de que se dispone.

Y finalmente, por lo que se refiere a la solicitud de un régimen de comunicación, relación y visitas a la menor más amplio que el hasta ahora establecido, nos vemos en la necesidad de recordar aquí nuestro criterio, conforme a la cual la revisión en casación del régimen de visitas establecido en supuestos de separación o divorcio solo es posible en caso de arbitrariedad (SSTSJC 24/2005 de 26 may. FJ1), que no puede advertirse por el simple hecho de que se establezca un reparto desigual del tiempo en que cada uno de los progenitores pueda tener al menor en su compañía.

En consecuencia, se desestima el único motivo del recurso de casación.

Décimo . Por lo que se refiere a las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, conforme a lo previsto en el art. 398.1 LEC en relación con el art. 394.1 LEC , se imponen al recurrente que ha visto íntegramente desestimadas sus pretensiones, dejando sin imponer las del recurso de casación, al apreciar la existencia de serias dudas de derecho, de manera que cada parte deberá soportar las causadas a su instancia.

Asimismo, procede decretar la pérdida del depósito constituido por razón de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

Dispositiva

DESESTIMAMOS el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por el procurador de los tribunales Sr. D. Alberto Ramentol Noria, en nombre y representación de don Olegario , contra la Sentencia dictada en grado de apelación el veintinueve de diciembre de dos mil nueve por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (rollo núm. 54/09), complementada por un Auto de tres de febrero de dos mil diez, dimanante del procedimiento de modificación de medidas de divorcio (núm. 45/08) seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de los de Barcelona.

Se imponen al recurrente tan solo las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando sin imponer las del recurso de casación, de manera que cada parte deberá soportar las causadas



a su instancia. Asimismo, procede decretar la pérdida del depósito constituido por razón de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

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

Así por ésta, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Yo, el Secretario de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, doy fe.

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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ