



Roj: **STS 2018/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2018**

Id Cendoj: **28079110012020100304**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/06/2020**

Nº de Recurso: **781/2019**

Nº de Resolución: **318/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 101/2019,**  
**STS 2018/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 318/2020**

Fecha de sentencia: 17/06/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 781/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/04/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: Ezp/rdg

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 781/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 318/2020**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán



D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 17 de junio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 16 de enero de 2019 por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, en el rollo de apelación número 827/2018, dimanante del juicio de divorcio contencioso n.º 315/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de DIRECCION000 .

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente, D.ª Elvira , representada por la procuradora D.ª Patricia Rosch Iglesia y bajo la dirección de la letrada D.ª Amor Guerola Chasán.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida, D. Casimiro , representado por la procuradora D.ª M.ª del Carmen Navarro Ballester y bajo la dirección del letrado D. Ignacio Romero Oscoz.

Ha comparecido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª M.ª del Carmen Navarro Ballester en nombre y representación de D. Casimiro asistidos del letrado Sr. Jiménez Coll, presentó demanda de divorcio contencioso contra D.ª Elvira , alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminando solicitando que, previos los trámites legales procedentes, se dictara sentencia conforme al suplico de la misma, que se da por reproducido.

2.- El procurador D. Vicente Blas Francés Silvestre, en nombre y representación de D.ª Elvira y defendida por la letrado Sra. Guerola Chacán, contestó a la demanda en tiempo y forma, en el sentido de oponerse a la misma por las razones que invocaban y que se dan por reproducidas.

3.- El Ministerio Fiscal, contestó mediante escrito presentado en tiempo y forma, en los términos que constan en las actuaciones y que se dan por reproducidos en aras a la brevedad.

4.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de DIRECCION000 dictó sentencia el 29 de enero de 2018, cuya parte dispositiva dice:

"Que estimando parcialmente la demanda formulada por el/la procurador/a Sr/a. S/D.ª María del Carmen Navarro Ballester en nombre y representación de D/D.ª Casimiro contra D/D.ª Elvira representado/a por el/la procurador/a Sr/a. Francés, debo declarar y declaro la disolución de su matrimonio por divorcio, con todos los efectos inherentes y se acuerdan las siguientes medidas respecto los dos hijos comunes menores de edad:

"-Se establece un régimen de custodia compartida dejando libertad a los menores para visitar a sus progenitores siempre y cuando no interfiera con sus obligaciones escolares. Subsidiariamente, en caso de falta de acuerdo de los progenitores, se distribuirán los tiempos de estancia por períodos alternos de duración semanal, haciendo el cambio de convivencia cada lunes mediante la entrega en el centro docente o en el domicilio del otro progenitor.

"-Régimen de vacaciones:

"Vacaciones de Navidad: éstas se dividirán en dos periodos. El primero comprenderá desde las 10.00 horas del día siguiente a las vacaciones escolares y se prolongará hasta las 20.00 horas del día 31 de diciembre. El segundo comprenderá desde las 20.00 horas del día 31 de diciembre hasta el día 6 de enero, a las 20.00 horas. Los años pares elegirá la madre y los años impares elegirá el padre qué periodo de los establecidos desea estar con los hijos menores de edad.

"Vacaciones de Semana Santa: se dividirán igualmente en dos periodos. El primero comprenderá desde el miércoles santo a las 20.00 horas hasta el martes de la semana siguiente a las 20.00 horas. El segundo comprenderá desde ese momento hasta las 20.00 horas del lunes de San Vicente. Los años pares elegirá la madre y los años impares elegirá el padre qué periodo de los establecidos desea estar con los hijos menores de edad.

"Vacaciones de verano: se dividirán en dos periodos de un mes cada uno de ellos, que se repartirán por periodos quincenales en cuanto a los meses de julio y agosto. Los años pares elegirá la madre y los años impares elegirá el padre qué periodo de los establecidos desea estar con los hijos menores de edad, debiendo comunicarlo al otro progenitor dentro de los primeros quince días del mes de junio, por cualquier medio que permita dejar constancia de su recepción por el otro progenitor.



"Caso de no elegir expresamente, los años pares la madre cohabitará con sus hijos durante la primera quincena de cada mes (de las 20 horas del día 1 a las 20 horas del día 15) y el padre la segunda quincena década mes (de las 20 horas del día 15 a las 20 horas del día 31), mientras que los años impares la falta de elección determinará que el padre cohabitará con sus hijos durante la primera quincena de cada mes (de las 20 horas del día 1 a las 20 horas del día 15) y la madre la segunda quincena de cada mes (de las 20 horas del día 15 a las 20 horas del día 31).

"En los periodos vacacionales, será el progenitor al que le corresponda el periodo vacacional el que recogerá a los menores en el domicilio del otro, salvo que se inicie el periodo correspondiente a la salida del centro docente.

"-Ambos progenitores permitirán la comunicación telefónica o telemática de los hijos con el otro progenitor mientras esté en su compañía, debiéndose realizar la misma en horas oportunas al normal y cotidiano desarrollo de la vida de los menores.

"-Ambos progenitores se harán cargo de los gastos ordinarios de sus hijos abonando cada uno de ellos lo que se generen durante la convivencia con ellos.

"-Los gastos por educación y material escolar serán satisfechos al 50% por cada progenitor, mediante ingreso mensual en una cuenta abierta de forma mancomunada por ambos progenitores, debiendo realizarse en ella un inicial ingreso mensual a principio de cada mes de 110 euros (55 por cada progenitor), sin perjuicio de los demás gastos que hubiera que atender.

"-Los gastos extraordinarios serán satisfechos por los dos progenitores por mitad"

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de D.<sup>a</sup> Elvira representado por el procurador D. Vicente Blas Francés Silvestrel, contra la sentencia dictada el 29 de enero de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de DIRECCION000, correspondiendo su resolución a la Sección 10.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia que dictó sentencia el 21 de febrero de 2019, cuyo fallo dice:

"Declaramos no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Elvira, sin hacer expresa declaración en cuanto las costas de esta alzada".

#### **TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación*

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de D.<sup>a</sup> Elvira, argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del art. 469.1.2.º LEC, por vulneración del art. 218.1 y 216 LEC y el art. 24 CE, por falta de congruencia con invocación de las normas que regulan la sentencia y vulneración de la tutela judicial efectiva. Segundo.- Al amparo del art. 469.1.2.º LEC, por vulneración del art. 218.2 LEC y el art. 24 y 120.3 CE, por falta de motivación con invocación de las normas que regulan la sentencia y vulneración de la tutela judicial efectiva, pues la misma no expone la valoración conjunta de la prueba. Tercero.- Al amparo del art. 469.1.3.º LEC, por vulneración del art. 24 CE en relación con el art. 470 y 461.3.º de la LEC, por infracción de actos y garantías del proceso al admitir prueba en segunda instancia, al no poder alegar lo que a nuestro derecho conviniera. Cuarto.- Al amparo del art. 469.1.3.º LEC, por vulneración del art. 24 CE en relación con el art. 11.1 de la LOPJ, por resultar la prueba documental aportada en la segunda instancia ilícita, siendo la base fundamental para dudar de los ingresos de mi representada. Quinto.- Al amparo del art. 469.1.4.º LEC, por vulneración del art. 24 CE en relación con el derecho de contradicción en la admisión de la prueba de la segunda instancia sin trámite de alegaciones, siendo la base para declarar que D.<sup>a</sup> Elvira oculta sus ingresos. Sexto.- Al amparo del art. 469.1.4.º LEC, por vulneración del art. 24 CE por error patente en la valoración de la prueba pericial por falta de objetividad.

El recurso de casación lo argumentó en los siguientes motivos: Primero.-Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3, en relación con el apartado 3.º del mismo artículo de la LEC por vulneración del principio de favor filii y del art. 92, 2, 5, 6 y 8 del CC y la jurisprudencia que lo desarrolla. Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3, en relación con el apartado 3.º del mismo artículo de la LEC por infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre requisitos y criterios para acordar la custodia compartida. Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3, en relación con el apartado 3 del mismo artículo de la LEC por vulneración del principio de favor filii del art. 9.7 del CC y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que lo desarrolla por existir una grave conflictividad y falta de comunicación entre los progenitores. Motivo cuarto (figura como quinto en el escrito).- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3, en relación con el apartado 3.º del mismo artículo de la LEC por vulneración del art. 146 del CC y la doctrina jurisprudencial del Tribunal



Supremo que lo desarrolla. Motivo quinto (figura como sexto en el escrito).- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3, en relación con el apartado 3.º del mismo artículo de la LEC por vulneración del art. 91 del CC y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que lo desarrolla.

**2.-** La sala dictó auto el 27 de noviembre de 2019 con la siguiente parte dispositiva:

"1.º Admitir el motivo cuarto del recurso de casación y los motivos segundo, tercero y quinto del recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D.ª Elvira contra la sentencia dictada, con fecha 16 de enero de 2018, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, en el rollo de apelación n.º 827/2018, dimanante de los autos de juicio de divorcio contencioso n.º 315/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de DIRECCION000 .

"2.º Inadmitir el resto de motivos de ambos recursos.

"3.º Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición a los recursos interpuestos. Transcurrido dicho plazo dese traslado al Ministerio Fiscal. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría".

**3.-** La representación procesal de D. Casimiro , formuló su oposición al recurso formulado de contrario, alegando los motivos que estimó oportunos.

El Ministerio Fiscal presentó escrito de alegaciones, adhiriéndose al recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos, interesando se revoque la sentencia de fecha 16 de enero de 2018 dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia.

**4.-** Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 29 de abril de 2020, en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia. La firma de la sentencia se ha demorado debido a los efectos del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión de los recursos los que se exponen a continuación:

**1.-** Don Casimiro ejército demanda de disolución de matrimonio por divorcio contra su esposa doña Elvira , del que nacieron dos hijos nacidos el NUM000 de 2004 y el NUM001 de 2008 respectivamente.

**2.-** El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que declaró disuelto el matrimonio por divorcio, con las siguientes medidas, en lo ahora relevante:

(i) Se establece un régimen de custodia compartida, dejando libertad a los menores para visitar a sus progenitores siempre y cuando no interfieran con sus obligaciones escolares. Subsidiariamente, en caso de falta de acuerdo de los progenitores, se distribuirán los tiempos de estancia por periodos alternos de duración semanal, haciendo el cambio de convivencia cada lunes mediante la entrega en el centro docente o en el domicilio del otro progenitor.

A continuación se dispone el régimen de vacaciones.

(ii) Ambos progenitores se harán cargo de los gastos ordinarios de sus hijos, abonando cada uno de ellos los que se generen durante la convivencia con ellos.

Se prevén los gastos por educación y material escolar por mitad, para lo que cada progenitor ingresará en una cuenta mancomunada 55 € a principio de cada mes, sin perjuicio de los demás gastos que hubieran que atender.

**3.-** La motivación de la sentencia para la adopción de la guarda y custodia compartida en los términos recogidos, es literalmente la siguiente:

"Pues bien, en el caso que nos ocupa, se entiende que atendiendo al interés superior de los menores, lo más aconsejable dadas las circunstancias, es el establecimiento de un régimen de custodia compartida por periodos alternos de duración semanal, haciendo el cambio de convivencia cada lunes mediante la entrega en el centro docente, y ello porque atendiendo tanto a las capacidades de ambos progenitores, como a sus ocupaciones actuales y horarios laborales, ambos pueden cuidar a sus hijos, al contar con apoyo familiar, porque de este modo se preserva la relación de los menores con ambos progenitores, porque dicho régimen ha sido valorado como el más idóneo por el perito psicólogo D. Ambrosio , quien propuso precisamente este



régimen. Precisamente en relación con el dictamen del perito, cabe señalar que el período semanal se adopta de forma orientativa, puesto que en primer lugar habrá que estar la libertad de los menores para visitar a sus progenitores siempre y cuando no interfiera en sus obligaciones escolares. Dicho de otro modo, a falta de una operatividad adecuada de ese criterio flexible y de libertad de los menores, entraría en juego el período semanal, con lo que se configura con un carácter subsidiario.

"La justificación para ello también se detalló en el acto del juicio, pues ambos progenitores viven en la misma calle y el perito señaló que en realidad, cualquiera que se quisiera imponer, los menores viven en la misma calle (1h 30 aprox.). Es más, señaló que si se obligara a estar una semana con cada progenitor piensa que no resultaría del todo adecuado (1h 38'22")."

**4.-** La parte demandada, la señora Elvira interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, y alegó los siguientes motivos:

(i) Error en la valoración de la prueba.

La parte lo concretaba en que la sentencia solo considera el informe pericial y que los progenitores viven en la misma calle para acceder a la guarda y custodia compartida, sin fijación de pensión de alimentos, y, sin embargo, ni se cita ni se valora el interrogatorio de las partes, la exploración del menor, la deposición del perito, más documental y la reproducción de la obrante en autos.

Se detiene ampliamente en la crítica del informe pericial y en su falta de rigor.

No se hace referencia a la exploración del menor ni existe acta de su realización, por lo que si así fuese, habría de practicarla el tribunal de apelación.

No existe, pues, una prueba concluyente de los parámetros a analizar para saber cuál es el interés de los menores.

(ii) Incumplimiento de la doctrina relativa a la modificación de las medidas y de no conflictividad de los progenitores.

Argumenta que la relación entre los progenitores es nula y conflictiva, y de ello nada se dice.

(iii) Falta de motivación de la sentencia.

Alega que solicitaba, para el supuesto de guarda y custodia compartida, que el padre continuase abonando la pensión que ya venía pagando para los alimentos de los hijos y, sin embargo, la sentencia del Juzgado nada decide sobre esa petición.

**5.-** La parte recurrida formalizó escrito de oposición al recurso de apelación, con una alegación pormenorizada a cada uno de los motivos en que se fundaba el mismo.

Pero, al amparo del artículo 460. 1 de la LEC, acompañó prueba documental, en concreto una nómina de la Sra. Raquel, como empleada de la recurrente en una empresa de esta, y un reportaje fotográfico, con justificación de su aportación en esta fase del proceso.

**6.-** El 27 de abril de 2018 el Letrado de la Administración de Justicia acordó en diligencia de ordenación dar traslado al Ministerio Fiscal por plazo de 10 días, pero no acordó dar traslado a la apelante principal.

Recibidos los autos en la Audiencia Provincial y comparecida ante ella la apelante, se dictó diligencia de ordenación el 25 de septiembre de 2018 en la que se disponía que "no habiendo solicitado las partes el recibimiento del pleito a prueba, queden las actuaciones pendientes de señalamiento para deliberación y votación del Tribunal".

**7.-** La sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia el 16 de enero de 2019 por la que desestimó el recurso de apelación.

(i) Respecto de la guardia y custodia compartida la sentencia recurrida va encadenando citas de sentencias de esta sala desde el fundamento de derecho primero al undécimo.

En el duodécimo ofrece respuesta al caso concreto, objeto del recurso de apelación, y afirma que: "teniendo en cuenta todo lo anteriormente dicho, en el caso concreto de autos a la vista del contundente informe pericial obrante al folio 220 no se entiende fácilmente el que no se haya aquietado la hoy apelante a la sentencia de instancia en este concreto, al no haberse desvirtuado por ningún otro medio la conveniencia de otra medida de custodia más beneficiosa para los hijos, lo que determina que deba confirmarse la sentencia de instancia en este concreto punto".

(ii) Respecto de la pensión alimenticia hace un análisis doctrinal y jurisprudencial sobre la misma, y finaliza que, para determinar la contribución de cada progenitor a los alimentos, será preciso conocer exactamente





los ingresos y reales posibilidades económicas de ellos, sin ocultación alguna, "como acaece en el caso de autos, en el que, pese a los argumentos de la recurrente, la realidad documental acredita la tergiversación de sus verdaderas posibilidades; en efecto, pese a lo que alega que percibe, lo cierto es que es autónoma, con la consiguiente diferencia, toda vez que es la misma la que se fija el sueldo, llamando la atención el que pese a tener una empleada, confeccione una nómina con lo que dice percibir, con la oscuridad que ello conlleva...". Por lo que debe mantenerse lo resuelto en este punto en la sentencia de instancia.

**8.-** La representación procesal de la parte actora interpuso contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal, que articuló en seis motivos, y recurso de casación por interés casacional, al amparo del artículo 477.2. 3.º de la LEC, que estructuró en cinco motivos.

**9.-** La sala dictó auto el 27 de noviembre de 2019 por el que acordó admitir el motivo cuarto del recurso de casación y los motivos segundo, tercero y quinto del recurso extraordinario por infracción procesal.

Inadmitió el resto de los motivos de ambos recursos.

**10.-** La parte recurrida formalizó escrito de oposición a los motivos admitidos en ambos recursos.

**11.-** El Ministerio Fiscal, tras un análisis pormenorizado sobre cada uno de los motivos admitidos, se adhiere al recurso de casación y al extraordinario por infracción procesal en esos concretos motivos.

En cuanto a los efectos de la estimación, conforme a la disposición final decimosexta en relación con el art. 476 LEC el Fiscal interesa se anule la resolución recurrida ordenando que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en la infracción o vulneración, que entendemos debe ubicarse en el momento inmediatamente anterior a la diligencia de ordenación de 25 de septiembre de 2018 por la que la letrado de la Administración de Justicia acuerda que queden las actuaciones pendientes de señalamiento para deliberación y votación de la Audiencia Provincial, al no haberse solicitado las partes el recibimiento del pleito a prueba.

**SEGUNDO.-** *Recurso extraordinario por infracción procesal.*

**1.-** Motivo segundo. Enunciación.

Se formula, al amparo del artículo 469.1.2.º LEC, y se denuncia la vulneración del artículo 218. 2 y de los artículos 24 y 120.3 CE, por falta de motivación de la sentencia al no razonar sobre aspectos alegados de gran importancia, como sucede con la denunciada falta de objetividad del perito psicólogo, la exploración del menor Felicísimo y su resultado, del que no hay constancia en acta, la documental obrante en autos a los efectos de acreditar la penosa situación económica de la madre o la elevada conflictividad existente entre los progenitores.

**2.-** Decisión de la sala.

(i) La sala viene reiterando la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida ( SSTS 433/2016, de 27 de junio, 296/2017, de 12 de mayo, y 194/2018, de 6 de abril, entre otras).

A partir de esta bondad del sistema, la cuestión a dilucidar en cada caso será si ha primado el interés del menor al decidir el Tribunal sobre su guarda y custodia.

De ahí que la sala sostenga (STS de 30 de diciembre de 2015) que "la doctrina de la sala en casos en que se discute la guarda y custodia compartida es reiterada en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda ( SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo, 579/2011, de 22 julio 578/2011, de 21 julio y 3 23/2012, de 21 mayo ). La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este" ( STS 27 de abril 2012, citada en la STS 370 /2013). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia".

Consecuencia de lo anteriormente expuesto es la importancia que tiene la motivación de la sentencia recurrida a efectos de revisar si el tribunal a quo ha respetado y valorado adecuadamente el interés del menor.

(ii) Como recuerda la sentencia núm. 465/2019, de 17 de septiembre, "la motivación de las resoluciones judiciales constituye manifestación legal del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE. y se corresponde con el derecho de todos los ciudadanos de obtener una respuesta fundada ante una pretensión judicializada, al tiempo que constituye una expresión de la sujeción de los jueces al imperio de la ley en el ejercicio de sus exclusivas funciones jurisdiccionales.



"Esta exigencia de motivación, consagrada normativamente en los arts. 120.3 de la Carta Magna y 218.2 de la LEC, cumple tres funciones fundamentales en un Estado de Derecho, cuales son garantizar la aplicación de la ley al margen de cualquier clase de arbitrariedad, comprobando que la resolución judicial que zanja el conflicto responde a una razonada aplicación del ordenamiento jurídico ( art. 9.3 CE), permitir el control jurisdiccional interno a través del régimen legal de los recursos preestablecidos, y la consideración del ciudadano como centro del sistema merecedor de explicaciones dimanantes de la Administración de Justicia, de manera tal que tenga constancia de las razones por mor de las cuales se estiman o desestiman sus pretensiones.

"La motivación, en definitiva, ha de ser manifestación suficiente de la justificación causal del fallo, mediante la expresión de las razones de hecho y de Derecho que integran el proceso lógico- jurídico que conduce a la decisión, al margen de que satisfaga o no los intereses y pretensiones de las partes ( SSTC 14 /91 , 28/94, 153/95 y 33 /96 y SSTS 10 de diciembre de 1996, 8 de octubre de 1997. 18 de marzo y 15 de noviembre de 2010 y 889/2010 de 12 de enero de 2011 entre otras). En consecuencia, se vulnera tan ineludible exigencia cuando no hay motivación -carencia total-, o cuando es completamente insuficiente y también cuando la motivación está desconectada con la realidad de lo actuado o da lugar a un resultado desproporcionado o paradójico ( STS 180/2011, de 17 de marzo).

"El juicio de motivación suficiente hay que realizarlo ( SSTC, 66/2009, de 9 de marzo y 114/2009, de 14 de mayo entre otras) considerando no solo el contenido de la resolución judicial en sí misma, sino también dentro del contexto global del proceso. atendiendo al conjunto de actuaciones y decisiones que, precediéndola, han conformado el debate procesal; es decir, valorando las circunstancias concurrentes que singularicen el caso concreto, tanto las que estén presentes, explícita o implícitamente en la resolución recurrida, como las que no estándolo, constan en el proceso (STS 87 /2010, de 9 de marzo ). No puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no tan esencial requisito de las resoluciones judiciales (por todas. SSTC 2/1997, de 13 de enero, F. 3 y 139/2000, de 29 de mayo, F. 4)."

"Por el contrario, como señala la STS 50/2019, de 24 de enero. "[...] deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquella ( SSTS de 29 de abril de 2009 de 9 de julio de 2010 y 22 de mayo de 2014)".

(iii) En materia de guarda y custodia compartida la suficiencia de la motivación, en íntima conexión con la valoración del interés del menor, se encuentra en estrecha relación con los parámetros a tener en cuenta para una adecuada identificación del interés.

Por tanto, se ha de huir de una protección del menor que sea aparente, puramente formalista y estereotipada, y no fruto de un riguroso estudio y análisis para indagar cuál sea el interés de aquel, sobre todo si, como sucede en el caso de autos, ese análisis valorativo viene propiciado por los términos del recurso, que así lo demanda.

a) En el caso de autos existe un informe psicológico para auxiliar al tribunal, y no es asumible, como motivación, remitir simplemente a su lectura, pues la recurrente exigía una valoración del mismo por el tribunal según la sana crítica de esta, pero con exteriorización de esa crítica, con independencia de que se compartiese o no por la parte.

Y es que tales informes deben ser analizados y cuestionados jurídicamente por el tribunal, como ocurre con los demás informes periciales ( SSTS de 18 de enero de 2011, rec. 1728/2009; 9 de septiembre de 2015, rec. 545/2014 y 135/2017, de 28 de febrero).

b) Según se relata por la parte recurrente, y no parece contradicho, existió exploración del hijo mayor y, sin embargo, la sentencia recurrida huye de cualquier valoración sobre ella, cuando tanta importancia concede al deseo de los menores respecto a las visitas a los progenitores, y, sin embargo, se ignora cualquier apreciación respecto de la capacidad y motivación de estos para ese tipo de decisiones, pues no se puede confundir el interés del menor con el capricho de este.

No entra la sala sobre cuestiones de interés que aquí no tienen encaje, pues solo se ventila la motivación de la sentencia, cual serían la obligación o no de explorar al menor, el levantamiento de acta en caso de exploración, y remedios para impedir la vulneración de la intimidad del menor, sobre todo a raíz de la sentencia 64/2019, de 9 de mayo, del Tribunal Constitucional.

Solo basta ahora con constatar que un parámetro tan importante como es la valoración de la exploración del menor no existe, sobre todo cuando la parte recurrente sostiene y solicita que, si es que no existiese exploración o acta de ella, el tribunal de apelación lleve a cabo la exploración.



c) En íntima relación con ese interés es cierto que la sentencia de 30 de octubre de 2014, rc. 1359/2013, a que hace mención la de 17 de julio de 2015, rc. 1712/2014, afirma que "Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad". Pero ello no empece a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos.

Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial ( STS de 16 de octubre de 2014, rec. 683/2013).

Insisten en esa doctrina las sentencias 433/2016, de 27 de junio, y 409/2015, de 17 de julio.

La existencia de falta de armonía entre los progenitores se introduce en el debate y, sin embargo, la sentencia recurrida no hace ninguna valoración al respecto en los términos que recoge la doctrina de la sala.

(iv) Corolario de lo expuesto es que el interés del menor, según doctrina de la sala (sentencias 566/2017, de 19 de octubre y 57 9/2017, de 25 de octubre , entre otras muchas), es la suma de varios factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor.

Por todo ello, como con acierto solicita el Ministerio Fiscal, procede estimar el motivo del recurso por carencia de motivación suficiente de la sentencia recurrida sobre el régimen de guarda y custodia compartida.

### 3.- Motivo tercero. Enunciación.

Se formula al amparo del artículo 469.1. 3.º LEC, y se alega infracción del artículo 24 CE en relación con los artículos 470 y 461. 3.º LEC, por haberse admitido prueba en segunda instancia, que fue presentada por la parte contraria cuando se opuso al recurso de apelación, sin dar oportunidad a la parte recurrente para hacer alegaciones sobre la misma, máxime cuando la sentencia recurrida tuvo en cuenta expresamente dicha documental para rechazar la fijación de la pensión de alimentos.

### 4.- Motivo quinto. Enunciación.

Se formula al amparo del artículo 469. 1. 4.º LEC, y se alega vulneración del artículo 24 CE en relación con el derecho de contradicción, al admitir la documental en la segunda instancia sin trámite de alegaciones y sin posibilidad de contradicción, siendo fundamento y base para declarar que la recurrente oculta sus ingresos y la razón para no otorgar la pensión de alimentos.

5.- En atención a la estrecha relación que guardan entre sí ambos motivos, van a merecer una decisión conjunta, según autoriza la doctrina de la sala.

Los dos motivos merecen ser estimados.

(i) En los procedimientos de capacidad, filiación y menores, las reglas de la prueba encuentran un amplio margen de flexibilidad, por cuanto, dada la naturaleza especial del objeto de este tipo de procesos, el artículo 752 LEC permite la posibilidad de alegar e introducir pruebas a lo largo del procedimiento, así como que el tribunal pueda decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes ( SSTS de 5 de octubre, 13 de junio, 25 de abril y 2 de noviembre de 2011).

Ahora bien, ello no puede alcanzar una laxitud procesal tal, que provoque vulneración de elementales derechos fundamentales de la parte, como es la indefensión en estrecha relación con verse esta privada de contradicción.

(ii) Los escritos de oposición al recurso y, en su caso, de impugnación de la sentencia por quien inicialmente no hubiere recurrido, tienen que presentarse con los mismos requisitos que el escrito de interposición, es decir, por escrito, ante el mismo órgano que dictó la resolución apelada, indicando los preceptos que se consideran infringidos, acompañando los documentos en los casos que permite el art. 270 LEC, y solicitando prueba en los casos admisibles.

En tales escritos pueden hacerse alegaciones sobre la admisibilidad del recurso ( artículo 458. 3 LEC); sobre la admisibilidad de los documentos aportados por la parte apelante, si hubiese aportado, y sobre la admisibilidad de la prueba propuesta por la contraria.





De los escritos de oposición e impugnación, en su caso, el Letrado de la Administración de Justicia ha de dar traslado al apelante principal para que en diez días manifieste lo que tenga por conveniente, entre cuyas manifestaciones se encuentran las relativas a la admisibilidad de la impugnación, si la hubiere, así como de los documentos que acompaña (que es el caso de autos) y de la prueba propuesta por el apelado.

Comparecida en tiempo y forma la parte recurrente ante el Tribunal que haya de resolver sobre la apelación dentro del emplazamiento, y recibidos los autos, si se hubiesen aportado documentos o propuesta prueba, se acordará lo que proceda sobre su admisión en el plazo de diez días.

(iii) Con arreglo a los hechos que aparecen probados, de la documental aportada por la parte apelada con su escrito de oposición al recurso de apelación no se dio traslado a la apelante principal, por lo que se vio privada de impugnar su admisibilidad o hacer valoraciones de su contenido en defensa de sus intereses.

A esa irregularidad procesal se suma que el Tribunal de apelación no se pronunció sobre su admisibilidad.

Pero dónde se constata la indefensión para la parte recurrente es en el hecho de que, a pesar de tales irregularidades procesales, la sentencia recurrida valoró esa documental en contra de los intereses de la recurrente.

**TERCERO.-** La estimación del recurso extraordinario de infracción procesal, hace innecesario el examen del recurso de casación por la dependencia que guarda con aquel.

Conforme a la disposición final decimosexta en relación con el artículo 476 LEC, se anula la sentencia recurrida y se ordena que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en la infracción procesal, a saber antes de la diligencia de ordenación de 25 de septiembre de 2018 por la que el Letrado de la Administración de Justicia acordó que quedasen las actuaciones pendientes de señalamiento para deliberación y votación de la Audiencia Provincial.

**CUARTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 y 398.1 de la LEC, no se imponen a la parte recurrente las costas de ambos recursos.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.-** Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal, sin entrar en el examen del recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Elvira contra la sentencia dictada, con fecha 16 de enero de 2018, por la Audiencia Provincial de Valencia (sección 10.<sup>a</sup>, en el rollo de apelación n.º 827/2018, dimanante de los autos de juicio de divorcio contencioso n.º 315/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de DIRECCION000

**2.-** Anular la sentencia recurrida, debiendo reponerse las actuaciones al estado y momento anterior a la diligencia de ordenación de 25 de septiembre de 2018 por la que quedaron las actuaciones pendientes de deliberación y votación.

**3.-** No se imponen a la parte recurrente las costas de ambos recursos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.