

Id Cendoj: 28079110012010100567  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 681/2007  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS  
Tipo de Resolución: Sentencia

#### Resumen:

Divorcio. Modificación de las medidas establecidas en la sentencia de separación respecto a la guarda y custodia del hijo menor. Guarda y custodia compartida: criterios. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: falta de valoración por el Tribunal de un documento sobre los efectos de la atribución de la guarda compartida en la primera instancia.

### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Octubre de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Valencia, por DON Eduardo , representado por el Procurador de los Tribunales D. Carlos E. Solsona Espriu contra la Sentencia dictada, el día 15 de enero de 2007, en el rollo de apelación nº 910/06, por la referida Audiencia y Sección, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 24 de Valencia, en los autos de divorcio nº 1472/05. Ante esta Sala comparecen la Procuradora D<sup>a</sup> Mercedes Albi Murcia, en nombre y representación de D. Eduardo , en calidad de parte recurrente. Asimismo comparece el Procurador D. Santos de Gandarillas Carmona en nombre y representación de D<sup>a</sup> Esmeralda , en calidad de parte recurrida.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Ante el Juzgado de Primera Instancia número 24 de Valencia, interpuso demanda de divorcio, D. Eduardo , contra D<sup>a</sup>. Esmeralda . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *".... se dicte en su día Sentencia acordando el Divorcio de dicho matrimonio, y que, una vez sea firme la Sentencia, esta se inscriba en el Registro Civil de esta ciudad, así como las medidas y efectos que a continuación se exponen mediante otrosí digo"*.

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de D<sup>a</sup>. Esmeralda los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"... se dicte Sentencia por la que DESESTIME LAS MEDIDAS contenidas en el Otrosí de la Demanda formulada por la actora en todos sus pedimentos, y ESTIMANDO la CONTESTACIÓN A LA DEMANDA en su integridad, decrete el DIVORCIO de los cónyuges, acordando como efectos del mismo los que proceden en derecho ..."*.

El Ministerio Fiscal, compareció y contestó la demanda mediante el oportuno escrito, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: *"...en su día, dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas"*. Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se acordó convocar a las partes a la Vista, que se celebró en el día y hora señalados y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Valencia dictó Sentencia, con fecha 26 de junio de 2006 y con la siguiente parte dispositiva: *"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda de Divorcio instada por la representación de D. Eduardo contra D<sup>a</sup> Esmeralda , declaro disuelto por causa de Divorcio el matrimonio formado por D. Eduardo y D<sup>a</sup> Esmeralda con todos los efectos legales, y en especial los siguientes:*

1º) Se acuerda el sistema de guarda y custodia compartida en relación al hijo menor de los litigantes, guarda mensual alternativa, con el sistema de comunicación y visitas que se detalla en el Fundamento de Derecho nº dos de la presente resolución, debiendo cooperar los progenitores en relación a las responsabilidades y funciones referentes a la guarda y custodia de su hijo.

2º) Cada uno de los progenitores abonará los gastos ordinarios (estudios, alimentación, ocio, vestido ...) que se produzcan cuando el menor se encuentre bajo su guarda, abonando por mitad los gastos extraordinarios que devengue su hijo menor, con independencia de cuando se produzcan.

D. Eduardo seguirá abonando los gastos del menor referentes al seguro médico de Sanitas, la cuota por pertenencia a la Falla y los gastos escolares de comedor.

*Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".*

**SEGUNDO.** Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D<sup>a</sup>. Esmeralda . Sustanciada la apelación, la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia dictó Sentencia, con fecha 15 de enero de 2007 , con el siguiente fallo: " *Declaramos haber lugar en parte al recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Víctor Bellmont Regodón en representación de Doña Esmeralda contra la sentencia de fecha 26-6-2006 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 24 de Valencia cuya resolución revocamos en el sentido de acordar como medidas las convenidas en la sentencia de separación de fecha 7-1--2002 debidamente actualizada la pensión alimenticia, sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de ambas instancias*".

La representación de D. Eduardo , presentó escrito formulando recurso de nulidad de actuaciones, que fue resuelto por Auto de fecha 12 de marzo de 2007 , en el sentido de no dar lugar a la nulidad interesada, sin expresa declaración en cuanto a las costas.

**TERCERO.** Anunciado recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal por D. Eduardo , contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y el Procurador D. Carlos E. Solsona Espriu en su nombre y representación los formalizó de la siguiente manera:

*Recurso Extraordinario por Infracción Procesal* se formula al amparo de lo establecido en el art. 469.1, 2º, 3º y 4º de la LEC.

Primero.- Infracción del art. 218.2 de la LEC .

Segundo.- Infracción del art. 348 de la LEC .

Tercero.- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española.

*Recurso de Casación* se formula al amparo de lo establecido en art. 477.2.3º de la LEC de 2000 .

Primero.- Infracción del art. 92.8 y 9 del Código Civil , según la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio .

**CUARTO.** Admitido el recurso por Auto de fecha 17 de junio de 2008 , y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Santos de Gandarillas Carmona, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Esmeralda , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso. El Ministerio Fiscal presentó escrito apoyando los recursos interpuestos en base a las razones que en dicho escrito expone.

**QUINTO.** Se señaló como día para votación y fallo del recurso el nueve de septiembre de dos mil diez, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D<sup>a</sup>. Encarnacion Roca Trias,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** *Resumen de los hechos probados.*

1º D. Eduardo y D<sup>a</sup> Esmeralda contrajeron matrimonio el 22 julio 1995. Se decretó la separación judicial por sentencia del 7 octubre 2002. El matrimonio tenía un hijo, nacido el 12 julio 1999 .

2º D. Eduardo interpuso demanda de divorcio y de modificación de medidas en la que pidió que se acordase la guarda y custodia compartida del hijo menor. En la contestación a la demanda, la esposa admitió la petición de divorcio y se opuso a la guarda y custodia compartida.

3º La sentencia del juzgado de 1ª Instancia nº 24 de Valencia, de 26 junio 2006 , estimó la petición de divorcio y la de la guarda y custodia compartida. Sobre la base de que en estos procedimientos debe buscarse la protección del interés del menor, "[...] y teniendo en cuenta el dictamen pericial de fecha 23-5-06 a la vista de la situación socio familiar que acontece en los presentes, iniciándose cada uno de los litigantes nuevas relaciones de pareja que a su vez formaban una unión anterior, con hijos en común, y dado el desarrollo de visitas paterno filiales, siendo éstas amplias y flexibles, así como la relación coparental, estilos educativos y características psicológicas de los progenitores y evaluación que ofrece el menor, estima la proveyente que el sistema de guarda y custodia compartido, puede resultar muy beneficioso para el menor, el cual se encuentra muy bien integrado en cada uno de los entornos familiares de sus progenitores, los cuales respetan el desarrollo de las relaciones familiares de su hijo, tras su ruptura conyugal, y sin interferencias mutuas, mostrando el menor un fuerte y sólido vínculo afectivo con sus progenitores, en los cuales no constatan discrepancias educativas importantes, estimando la proveyente que si bien se aprecia por el perito psicólogo limitaciones en la relación coparental, no obstante también se indica que puede la misma producirse, manteniéndose entre los progenitores una comunicación básica en torno a las cuestiones que afectan a su hijo menor, y por todo ello estimo que el sistema compartido de guarda y custodia puede ofrecer más ventajas y beneficios para el hijo menor de los litigantes, acordándose parcialmente el sistema propuesto por el progenitor[...]" . Se acordó el sistema de guarda y custodia compartida del hijo menor, mensual alternativa, con el sistema de visitas que se especificaba.

4º Recurrió la madre en apelación. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10, de 15 enero 2007 , estimó el recurso. La sentencia dice lo siguiente, después de exponer los requisitos del nuevo Art. 92 CC : "[...] Es criterio de esta Sala, salvo supuestos puntuales, que pudieran presentarse, que pudieran aconsejarla, la no concesión a los padres en situaciones de separación o divorcio, de la guarda y custodia compartida de los hijos[...]" ; de este modo, "no procede acordar la custodia compartida interesada en el caso de autos habida cuenta que, no obstante los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia, es lo cierto que ni ha habido alteración sustancial alguna de lo que los propios cónyuges convinieron hace poco en el procedimiento de separación, de fecha 7-10-2002, ni siquiera el propio gabinete Psicosocial aconseja tal medida; en efecto, basta la simple lectura de las conclusiones del citado informe obrante al folio 162 para claramente comprobar que dicho organismo dice que «no existen aspectos que hagan necesario el cambio de medidas», añadiendo a continuación «que tampoco se observan circunstancias que desaconsejen una custodia compartida»".

5º D. Eduardo interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Ambos fueron admitidos, aunque el auto de esta Sala de 17 junio 2008 , excluyó la primera parte del motivo de casación en cuanto solicitaba una nueva valoración del informe pericial.

#### **A) RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL**

**SEGUNDO.** *La falta de valoración de una prueba acordada en segunda instancia.*

El Motivo único señala la infracción de los Arts. 218.2 y 348 LEC , así como del Art. 24 CE . La sentencia debería contener el análisis del informe del gabinete psicosocial que se pidió en segunda instancia como nueva prueba, para determinar la guarda y custodia compartida, o en otro caso, se debe desvirtuar el informe. La sentencia no se ha pronunciado sobre el informe que constituye la prueba llevada a cabo en segunda instancia, por lo que se ha producido indefensión.

*El motivo se estima.*

Los hechos sucedidos se resumen a continuación para mejor comprensión de los razonamientos que seguirán: En segunda instancia se pidió nueva prueba, porque al haberse acordado la guarda y custodia compartida, se pedía que se comprobara cómo funcionaba. La Sala accedió a que se procediera a un nuevo informe de los servicios psicosociales, al haberse ejecutado la sentencia de 1ª instancia y ser efectiva la guarda compartida; dicho informe concluyó que no se habían producido circunstancias que impidieran el desempeño de las funciones familiares y que "se han observado condiciones favorables para la adopción de un sistema de custodia compartida", de modo que se recomendaba mantener el vigente sistema de medidas, "con el fin de favorecer la continuidad del menor en ambos contextos de manera equitativa". A pesar de ello, la sentencia recurrida hace referencia únicamente a las conclusiones del informe pedido en 1ª instancia, pero ni tan solo alude al nuevo.

El padre ahora recurrente pidió la nulidad de actuaciones por esta razón, que fue denegada, por auto de 12 marzo 2007 .

El Fiscal, en su preceptivo informe, dice que la Audiencia Provincial ha prescindido de una prueba capital, originando indefensión.

Es cierto que la sentencia de la Audiencia Provincial no ha valorado una prueba fundamental para la decisión relativa a la continuación o no de la guarda y custodia compartida. Aunque no es exacto que no la haya tenido en cuenta, puesto que en el auto de 12 marzo de 2007 claramente se señala que la guarda compartida en los casos en que no exista acuerdo entre los progenitores, se acordará cuando se den unas circunstancias que no son las que han intervenido en el presente procedimiento. Se concluye de ahí que la Sala ha valorado implícitamente la prueba en sentido negativo, por lo que, y pese a estos, sigue manteniendo el criterio de denegarla.

Para evitar la indefensión, esta Sala debe admitir la prueba producida en la segunda instancia y acordada por la Sala sentenciadora con el argumento que "tendrá el gabinete mayores elementos de juicio sobre la conveniencia o no de tal medida".

En consecuencia y en aplicación de lo dispuesto en la DF 16 LEC, por haberse interpuesto el recurso de casación de acuerdo con el Art. 469, 2 LEC , así como por haberse producido una vulneración del Art. 24 CE que solo afecta a la sentencia, la Sala debe dictar nueva sentencia teniendo en cuenta la prueba producida en segunda instancia y lo alegado en el recurso de casación, que se examina a continuación.

## **B) RECURSO DE CASACIÓN.**

### **TERCERO.** *Delimitación del objeto del recurso de casación.*

En el *único motivo* del recurso de casación, con dudosa técnica casacional, el recurrente alega la infracción del Art. 348 LEC , en relación a la valoración de los dictámenes periciales y el interés casacional, por ser el Art. 92.8 y 9 CC una norma con menos de cinco años de vigencia y existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, que aporta. El auto de esta Sala de 17 junio 2008 admitió el recurso de casación en lo referente al interés casacional y excluyó la primera parte del motivo de casación en cuanto solicita una nueva valoración del informe pericial.

### **CUARTO.** *Los argumentos del único motivo de casación.*

Los argumentos del motivo en la parte admitida en el citado auto alegan la infracción del Art. 92.8 y 9 LEC porque la propia Sala sentenciadora ha expuesto en reiteradas sentencias que conviene al interés del menor, salvo casos excepcionales, permanecer con ambos progenitores en la forma más parecida a la que precedió a la ruptura y concluye que solo la adopción de esta medida es la manera de proteger adecuadamente el interés del menor, de manera que siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de un sistema de guarda y custodia compartida, acordar esta medida es la mejor manera de proteger el interés del menor. Alega como sentencias de las Audiencias que determinan jurisprudencia contradictoria las de la Valencia núm. 485/2005 (sección 10), de 22 julio; Valencia núm. 9/2004 (sección 10), de 12 enero, Madrid (sección 22) de 17 septiembre 2002; Valencia núm. 238/2000 (sección 6ª), de 9 marzo y Baleares núm. 249/1999, de 19 abril .

*El motivo se estima.*

### **QUINTO.** *La doctrina de la Sala sobre la atribución de la guarda y custodia compartida.*

En primer lugar, debe recordarse que esta Sala, en la sentencia de 10 septiembre 2009 , ha interpretado el art. 92 CC en el sentido siguiente: "[...] permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el pr. 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a «la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia» (artículo. 92.9 CC ). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC , que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo

752.1,2 LECiv. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 CC , establece que el juez debe «valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda»".

Además, la Sala también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los criterios a tener en cuenta en la atribución de la guarda y custodia compartida. Así la sentencia de 8 octubre 2009 , con ocasión de admitir un recurso extraordinario por infracción procesal en el que se produjo una falta de argumentación, después de aludir a normas de derecho comparado, señaló que " [...] el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. [...] Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios 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" , argumentos que ya habían sido utilizados en la sentencia de 10 septiembre 2009 , esta vez como *obiter dicta*.

**SEXTO.** Argumentos para la continuación de la medida de guarda y custodia compartida.

En este caso, la sentencia recurrida ha revocado la guarda y custodia compartida acordada en la primera instancia y ello con argumentos como: a) que no es criterio de la sala sentenciadora acordarla excepto en los casos excepcionales que cita; b) que los padres no la adoptaron en el convenio regulador; c) que el informe emitido en la primera instancia no la aconsejaba claramente.

Y ello olvidando lo siguiente: a) que la medida de la guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas; b) que si bien los padres no adoptaron este acuerdo en el convenio regulador, las circunstancias familiares son siempre cambiantes y es por ello que como ya se ha recordado en el anterior fundamento, la propia Ley de Enjuiciamiento civil recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo; c) que el informe emitido por los servicios psico-sociales como prueba en segunda instancia concluía que no solo había funcionado correctamente la guarda y custodia compartida desde la ejecución de la sentencia pronunciada en primera instancia, sino que era aconsejable seguir manteniéndola. Dicho informe no es vinculante, pero ofrece elementos para decidir que no han sido tenidos en cuenta para acordar una u otra solución en el presente supuesto, y d) que el informe del Ministerio Fiscal es favorable a la guarda y custodia compartida.

Por ello, esta Sala, de acuerdo con lo dispuesto en la DA 16, LEC, entiende que a la vista de los anteriores razonamientos, debe confirmar la sentencia pronunciada en la primera instancia, acordando la guarda y custodia compartida del menor, a la vista del informe favorable del Ministerio fiscal y teniendo en cuenta los informes de los servicios psico-sociales, que se mostraban favorables a dicho régimen, porque lo contrario sería otorgar virtualidad a la vulneración del principio de proscripción de la arbitrariedad del que es reflejo la sentencia objeto de recurso.

**SÉPTIMO.** Decisión acerca de los recursos y costas.

La admisión del único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la representación procesal de D. Eduardo contra la sentencia de la AP de Valencia, sección 10ª, 15 enero 2007 , determina la del propio recurso.

La estimación del único motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Eduardo contra la sentencia de la AP de Valencia, Sección 10ª, de 15 enero 2007 , determina la del propio recurso.

No se imponen a ninguna de partes las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 398.1 LEC , que se remite al art. 394 LECiv .

No se imponen las costas de la apelación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

1º Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de D. Eduardo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 15 enero 2007 , dictada en el rollo de apelación nº 910/2006.

2º Estimar el recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Eduardo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 15 enero 2007 , dictada en el rollo de apelación nº 910/2006.

3º Se casa y anula la sentencia recurrida.

4º En su lugar se repone la sentencia dictada por el Juez de 1ª Instancia del Juzgado nº 24 de Valencia, de 26 junio 2006 , cuyo FALLO dice: *"Que estimando parcialmente la demanda de Divorcio instada por la representación de D. Eduardo contra Dª Esmeralda , declaro Disuelto por causa de Divorcio el matrimonio formado por D. Eduardo y Dª Esmeralda con todos los efectos legales, y en especial los siguientes:*

*1º) Se acuerda el sistema de guarda y custodia compartida en relación al hijo menor de los litigantes, guarda mensual alternativa, con el sistema de comunicación y visitas que se detalla en el Fundamento de Derecho nº dos de la presente resolución, debiendo cooperar los progenitores en relación a las responsabilidades y funciones referentes a la guarda y custodia de su hijo.*

*2º) Cada uno de los progenitores abonará los gastos ordinarios (estudios, alimentación, ocio, vestido...) que se produzcan cuando el menor se encuentre bajo su guarda, abonando por mitad los gastos extraordinarios que devengue su hijo menor, con independencia de cuando se produzcan.*

*D. Eduardo , seguirá abonando los gastos del menor referentes al seguro médico de Sanitas, la cuota por pertenencia a la Falla y los gastos escolares de comedor".*

5º No se imponen las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación a los litigantes.

6º No se imponen las costas de la apelación a ninguno de los litigantes.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.