

Roj: STS 4824/2011
Id Cendoj: 28079110012011100445
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1221/2010
Nº de Resolución: 496/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Julio de dos mil once.

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 Alicante, Sección 6ª, por **D. Pedro Jesús**, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª. Pilar Fuentes Tomas, contra la Sentencia dictada por la referida Audiencia y Sección, el día 22 de marzo de 2010, en el rollo de apelación nº 105/2006, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Alicante, en el juicio verbal nº 432/05. Ante esta Sala comparece el Procurador D. Anibal Bordallo Huidobro, en representación de D. Pedro Jesús en calidad de parte recurrente; la Procuradora Dª Blanca Berriatua Horta, en nombre y representación de Dª Tarsila en calidad de parte recurrida. Asimismo es interviniente el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Alicante, interpuso demanda de juicio verbal Dª Tarsila contra D. Pedro Jesús, en reclamación de cantidad. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "*.... se dicte sentencia en los siguientes términos:*

1.- **CUSTODIA.**- *Se conceda a mi mandante la guarda y custodia de los tres hijos.*

2.- **USO DOMICILIO FAMILIAR.**- *Se conceda a mi mandante el uso de la vivienda familiar donde residir junto con sus tres hijos, conforme sucede en la práctica.*

2.- **REGIMEN DE VISITAS.**- *Se determine a favor de los hijos y del padre, y a falta de acuerdo entre los progenitores el siguiente régimen de visitas:*

. fines de semana alternos desde el viernes a las 17 horas hasta el domingo a las 20 horas.

. Mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano. Correspondiendo la primera mitad al padre en años pares y la segunda mitad en años impares.

3.- **ALIMENTOS.**- *Se determine que el Sr. Pedro Jesús contribuya en concepto de alimentos para con sus tres hijos en la cantidad de 4.000 # mensuales, actualizables en el mes de enero de cada año conforme el IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que le sustituya.*

4.- **GASTOS EXTRAORDINARIOS.**- *Se determine la contribución de cada progenitor en la mitad de los gastos extraordinarios que se produzcan por motivos de salud de los menores y no estén cubiertos por la seguridad social o por cualquier otro seguro de enfermedad y asistencia sanitaria, o porque de estarlo decidan acudir a la sanidad privada, así como los gastos de ortodoncia, ortopedia, y demás relacionados con la salud de los menores, debiendo justificarse la necesidad del gasto y su coste, a falta de acuerdo se someterán a la decisión judicial".*

Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de D. Pedro

Jesús los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... se dicte Sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho que se invocan, por la que se acuerde, en relación a las medidas solicitadas de contrario:

1. Custodia de los hijos menores: Se establezca con carácter definitivo, el sistema de custodia compartido que con periodicidad semanal se ha acordado con carácter cautelar, con la única salvedad de establecer como hora de entrega de los hijos los domingos a las 18:00 horas, y con el régimen de visitas igualmente acordado en el Auto de Medidas Cautelares de fecha 9 de junio de 2005.

2. Uso del domicilio familiar : Se desestime la solicitud de atribución del uso del domicilio familiar efectuada por la madre, al no corresponder reconocimiento alguno.

3. Alimentos : Se establezca que los gastos ordinarios de los hijos habrán de ser atendidos por cada progenitor, durante el tiempo que ostente temporalmente la guarda y custodia, con la previsión y salvedad de que cualquier gasto que por instrucción y educación de los hijos se precisara y no estuviere atendido por razón del trabajo de la madre, deberá ser satisfecho por mitad entre ambos cónyuges.

4. Gastos extraordinarios : Se estime la petición de con contribución por ambos progenitores y por mitad, por dicho concepto y en la forma solicitada en correlativo por la madre".Ambos progenitores contribuirán por mitad a los gastos extraordinarios de los citados menores.

4.- No se hace especial declaración sobre las costas devengadas en ambas instancias".

El Ministerio Fiscal, presentó escrito alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: "... 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 celebración de vista, señalándose día y hora a tal efecto 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 10 de Alicante dictó Sentencia, con fecha 15 de noviembre de 2005 y con la siguiente parte dispositiva: " FALLO: Que ESTIMANDO EN PARTE la demanda formulada por el Procurador Sr. NAVARRETE RUIZ, en nombre y representación de Dña. Tarsila contra D. Pedro Jesús , representado por la procuradora Sra. FUENTES TOMAS, debo acordar las siguientes medidas en beneficio de los hijos menores:

1.- Los hijos menores de ambas partes, Daniela , Carlos y Doroteo , sometidos a la patria potestad de ambos progenitores. quedarán bajo la guardia y custodia COMPARTIDA de ambos progenitores, alternándose los tiempos de estancia con cada progenitor por periodos semanales, produciéndose la entrega de uno al otro los domingos a las 20 horas. Hasta que el menor, Doroteo , cumpla las tres años, el progenitor con el que los menores no se encuentren esa semana, podrá visitarlos a diario entre semana, durante una hora.

2.- A partir de que el menor, Doroteo , cumpla un año, las vacaciones escolares de los menores se repartirán por mitad entre ambos progenitores.

3.- El padre deberá de satisfacer íntegramente los gastos escolares, transporte escolar y actividades extraescolares, libros, comedor escolar, uniformes y gastos extraordinarios en general que no sean gratuitos en función del organismo europeo para el que trabaje la madre, percibiendo la misma las subvenciones o pensiones que por tenencia o estudios de hijos se otorguen por dicho organismo.

4.- No procede condena en costas a ninguna de las partes

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D^a. Tarsila . Sustanciada la apelación, la Sección 6^a de la Audiencia Provincial de Alicante dictó Sentencia, con fecha 8 de mayo de 2006 , con el siguiente fallo: "Estimar en lo necesario el recurso de apelación interpuesto por Procurador Don Juan Navarrete Ruiz en representación de Doña Tarsila contra la sentencia dictada por el Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº Diez de la ciudad de Alicante en fecha 15 noviembre de 2005 y en los autos de los que dimana el presente rollo, y en su consecuencia REVOCAR COMO REVOCAMOS la misma y en su consecuencia DECLARAR COMO DECLARAMOS:

1.- Los hijos menores de ambas partes, Daniela , Carlos y Doroteo , quedarán bajo la guarda y custodia de la madre Doña Tarsila , siendo la patria potestad compartida.

2.- Se establece como régimen de visitas del padre Don Pedro Jesús para con los menores el de los fines de semana alternos, desde las 17 horas del viernes hasta las 20 horas de los domingos, y la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano. Correspondiendo la primera mitad al padre en los años pares y la segunda mitad en los años impares.

3.- El padre Don Pedro Jesús contribuirá con la cuantía de 4.000 euros mensuales para satisfacer las necesidades alimenticias de los menores, sin perjuicio de su incremento anual con arreglo a los índices de precios al consumo, y cantidad que será ingresada en la cuenta que a tal efecto señale e indique la madre. Ambos progenitores contribuirán por mitad a los gastos extraordinarios de los citados menores.

4.- No se hace especial declaración sobre las costas devengadas en ambas instancia".

Esta sentencia fue recurrida por D. Pedro Jesús quien interpuso los recursos de casación y de infracción procesal, los que fueron admitidos y remitidos a la Sala Primera del Tribunal Supremo, instruyéndose el recurso nº 1471/2006, en el que se dictó sentencia nº 623/2009, con fecha 8 de octubre de 2009 , que contiene el siguiente fallo: "1º Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Pedro Jesús contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6ª, de 8 mayo 2006 .

2º Anular la sentencia recurrida y reponer las actuaciones de segunda instancia al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia, para que vuelva a dictarse sentencia que en cualquier caso argumente sobre el interés de los menores en relación a la guarda y custodia compartida pedida, con arreglo a los hechos que considere probados según el planteamiento del litigio y la prueba practicada. La anulación afecta también a la declaración de las costas generadas.

3º No ha lugar a resolver el recurso de casación interpuesto también por D. Pedro Jesús contra la misma sentencia.

4º No imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

5º Y que si contra la nueva sentencia volviera a interponerse cualquiera de los dos recursos, o ambos simultáneamente, se advierta de esta circunstancia al remitir las actuaciones a esta Sala para acordar su tramitación preferente a fin de evitar más dilaciones en la resolución del litigio".

La sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante dictó nueva sentencia el 22 de marzo de 2010 , que contiene el fallo del tenor literal siguiente: "Estimar en lo necesario el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Dª Irene Martínez López en representación de Doña Tarsila contra la sentencia dictada por el Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº Diez de la ciudad de Alicante en fecha 15 de noviembre de 2005 y en los autos de los que dimana el presente rollo, y en su consecuencia REVOCAR COMO REVOCAMOS la misma en su consecuencia DECLARAR COMO DECLARAMOS:

1. Los hijos menores de ambas partes, Daniela , Carlos y Doroteo . quedarán bajo la guarda y custodia de la madre Doña Tarsila , siendo la patria potestad compartida.

2. Se establece como régimen de visitas del padre Don Pedro Jesús para con los menores el de los fines de semana alternos, desde las 17 horas del viernes hasta las 20 horas de los domingos, y la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano. Correspondiendo la primera mitad al padre en los años pares y la segunda mitad en los años impares.

3. El padre Don Pedro Jesús contribuirá con la cuantía de 4.000 euros mensuales para satisfacer las necesidades alimenticias de los menores, sin perjuicio de su incremento anual con arreglo a los índices de precio al consumo, cantidad que será ingresada en la cuenta que a tal efecto señale e indique la madre. Ambos progenitores contribuirán por mitad a los gastos extraordinarios de los citados menores.

4. No se hace especial declaración sobre las costas devengadas en ambas instancias".

Con fecha 14 de abril de 2010, se dictó Auto aclarando la sentencia que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "Estimar la aclaración de la sentencia dictada por esta Sala nº 100/10 en fecha 22

de marzo de 2010 que se *peticiona por el Procurador D. Juan Navarrete Ruiz en la representación que ostenta en el presente procedimiento de Doña Tarsila , parte apelante, debiéndola corregir en el sentido de que tanto en los antecedentes como en el fallo debe constar que la citada recurrente fue representada por el Procurador Don Juan Navarrete Ruiz en lugar de la Procuradora Doña Irene Martínez López*".

TERCERO. Anunciado recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por D. Pedro Jesús , representado por el Procurador de los Tribunales D^a. Pilar Fuentes Tomas, formalizó recurso extraordinario por infracción procesal, articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción de las Normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional, *ex artículo 469.1.1º LEC* , infracción del *art. 15 del Reglamento 2201/2003 del Consejo* , relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Segundo.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia: Defecto en la forma de motivar la sentencia, infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, *ex art. 469.1.2º LEC* , infracción del *art. 218.2 de la LEC* .

Tercero.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia: errónea valoración de la prueba practicada en el juicio. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, *ex art. 469.1.2º LEC* , infracción del *art. 218.2 de la LEC* .

Cuarto.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia: Interpretación arbitraria. Interpretación arbitraria o ilógica de la prueba practicada en el juicio. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, *ex art. 469.1.2º LEC* , infracción del *art. 218.2 de la LEC* .

Quinto.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la *Ley o hubiere podido producir indefensión. Vulneración del art. 752 LEC*.

Sexto.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantía del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la *Ley o hubiere podido producir indefensión. Vulneración del art. 92.7 CC* .

Séptimo.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantía del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la *Ley o hubiere podido producir indefensión. Vulneración del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*.

Octavo.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la *Ley o hubiere podido producir indefensión. Vulneración del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*.

El recurso de casación se interpuso articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Interés Casacional. Existencia de Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Segundo.- Interés Casacional. Norma en vigor menos de cinco años. Infracción del *art. 92 del CC* .

Por resolución de fecha 30 de junio de 2010, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó el Procurador D. Anibal Bordallo Huidobro, en representación de D. Pedro Jesús en calidad de parte recurrente; la Procuradora D^a Blanca Berriatua Horta, en nombre y representación de D^a Tarsila en calidad de parte recurrida. Asimismo es interviniente el Ministerio Fiscal.

Admitido el recurso por auto de fecha 18 de enero de 2011 y evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora D^a Blanca Berriatua Horta, en nombre y representación de D^a Tarsila , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso. El Ministerio Fiscal, presentó escrito, solicitando la admisión del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, y los dos motivos del recurso de casación.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el quince de junio de dos mil once, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excm. Sra. D^a. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de los hechos probados.*

1º En el litigio sobre guarda y custodia compartida y otros extremos que tuvo lugar entre D. Pedro Jesús y D^a Tarsila , el Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Alicante, en sentencia de 15 noviembre 2005 , acordó que los hijos menores quedaran bajo la guarda y custodia compartida de ambos progenitores, alternándose los tiempos de estancia con cada uno de ellos por periodos semanales. Recurrida esta sentencia por D^a Tarsila , la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6ª, en 8 mayo 2006 , estimó el recurso y acordó que los hijos menores quedaran bajo la guarda y custodia de la madre, con derecho de visitas del padre. Esta sentencia fue recurrida por D. Pedro Jesús quien interpuso los recursos por infracción procesal y de casación.

2º La sentencia de esta Sala 623/2009, dictada en el recurso 1471/2006 , se pronunció con el Fallo que se reproduce en lo que aquí interesa: *"1º Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Pedro Jesús contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6ª, de 8 mayo 2006 . 2º Anular la sentencia recurrida y reponer las actuaciones de segunda instancia al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia, para que vuelva a dictarse sentencia que en cualquier caso argumente sobre el interés de los menores en relación a la guarda y custodia compartida pedida, con arreglo a los hechos que considere probados según el planteamiento del litigio y la prueba practicada . La anulación afecta también a la declaración de las costas generadas.[...]. 5º Y que si contra la nueva sentencia volviera a interponerse cualquiera de los dos recursos, o ambos simultáneamente, se advierta de esta circunstancia al remitir las actuaciones a esta Sala para acordar su tramitación preferente a fin de evitar más dilaciones en la resolución del litigio".*

3º La sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante dictó nueva sentencia el 22 marzo 2010 , en la que se desestimó el recurso presentado por D. Pedro Jesús contra la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia, partiendo de los siguientes argumentos: a) *"La figura de la custodia compartida es de interpretación restrictiva y de aplicación excepcional"* (FJ 5º *in fine*); b) a pesar de que el 9 junio 2005 se había dictado ya un auto de medidas provisionales en el que se acordaba la custodia compartida, y que del informe de los servicios psicosociales resultaba el alto nivel de satisfacción de la única hija examinada, los otros dos hijos no pudieron ser examinados debido a su corta edad; c) en autos constaban otros dos informes contradictorios con el anterior aportados en primera instancia por D^a Tarsila ; d) concluyó la sentencia recurrida que *"lo manifestado nos conduce a no estimar adecuado el establecimiento del sistema de custodia compartida, no ya en relación de la menor Daniela para la que no existiría inconveniente dado el grado de adaptación que manifiesta a uno u otro de los progenitores, sino en la de los otros hijos Carlos y Doroteo , dada la corta edad de los mismos que precisan de un hogar más permanente, aunque ambos progenitores vivan actualmente en la ciudad de Bruselas y tengan domicilios próximos, lo que entra de lleno en el último inciso del apartado 5 del Art. 92 , que el Juez no debe separar a los hermanos, a lo que se llegaría inexorablemente de acordarse la de aquélla y no la de éstos"* . La sentencia fue objeto de aclaración por auto de 14 abril 2010.

4º D. Pedro Jesús presenta recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del Art. 469.1 LEC, dividido en ocho motivos, y recurso de casación por presentar el asunto interés casacional al existir jurisprudencia contradictoria de las audiencias y referirse a una norma que lleva menos de cinco años en vigor. Los recursos fueron admitidos por el Auto de esta Sala de 18 de enero de 2011 .

La parte recurrida ha presentado su escrito de oposición al recurso.

En el preceptivo informe, el Ministerio Fiscal interesa que se admita el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

I. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO. *El contenido del recurso extraordinario por infracción procesal.*

El recurso extraordinario por infracción procesal se presenta dividido en ocho motivos, en los que se

alegan infracciones de normas relativas a la falta de competencia de la Audiencia Provincial de Alicante, falta de motivación, errónea valoración de la prueba y otras que no van a tener relevancia en la resolución de este recurso.

TERCERO. *Competencia de los Tribunales españoles según el art. 15 del Reglamento 2201/2003 del Consejo .*

El primer motivo denuncia la infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva y funcional según el Art. 469.1, 1º LEC . Entiende el recurrente que se ha vulnerado el Art. 15 del Reglamento 2201/2003 del Consejo , relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, porque entiende que dado el largo tiempo transcurrido desde que empezó el procedimiento y dado también que los menores viven en Bruselas, sería más conveniente suspender el conocimiento del asunto e invitar a las partes a someter una demanda ante el órgano jurisdiccional de Bruselas, dado que el Art. 15 del Reglamento citado permite tomar esta decisión en beneficio de los menores.

El motivo no se estima .

El Art. 15 del reglamento mencionado dice lo siguiente: "1. Excepcionalmente, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto, podrán, si consideran que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor: a) suspender el conocimiento del asunto", invitando a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional del estado miembro con el que el niño tenga esta especial relación, o bien solicitarle que ejerza su competencia. Ello se aplicará bien de oficio, bien a instancia de parte, pero siempre será necesario el consentimiento de una de las partes.

Esta disposición es calificada por el Reglamento como *excepcional* , porque según el Art. 14 del propio Reglamento , "[...] la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado".

Este Tribunal, como efectuó también en su día la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida, considera que no concurre la excepcionalidad exigida en la norma comunitaria para que los Tribunales españoles procedan a suspender el conocimiento del asunto. Esta suspensión sería contraria al interés de los menores de ver resuelta la forma de atribución de la guarda y custodia lo más rápidamente posible, dada su edad, y de la forma más adecuada a sus intereses. Por esta razón, esta Sala mantiene su competencia y pasa a examinar el contenido del recurso presentado.

CUARTO. *La falta de motivación.*

El segundo motivo denuncia la infracción del Art. 218.2 LEC , por falta de motivación de la sentencia recurrida. Se dice que la no adopción de la medida pedida está fundada en la ausencia de un hogar permanente y ello afecta a los niños de corta edad y alega que ya no se da esta circunstancia, porque el más pequeño tenía más de cinco años en la fecha de la sentencia recurrida.

El Ministerio Fiscal apoya este motivo del recurso, porque entiende que las razones para la denegación de la guarda y custodia compartida son las mismas que habían sido desechadas en la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 octubre 2009 , que anuló la de la Audiencia Provincial por falta de motivación y porque no se ha tenido en cuenta la edad actual de los niños. Además, la nueva decisión se basa en dos dictámenes de psicólogos que no han examinado a nadie y que afirmaron no tener gran experiencia en esta institución. Por ello concluye el Ministerio Fiscal que "no cabe duda que carece de fundamentación y la expuesta no es la adecuada para garantizar el interés superior de los menores".

La parte recurrida entiende que no se ha producido tal violación, dados los argumentos expuestos en la sentencia.

El motivo se estima.

La anterior sentencia de esta Sala, 623/2009, de 8 octubre , recaída en el mismo litigio, contenía el siguiente razonamiento, que ahora se reproduce y se incorpora a esta sentencia:

"La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el Art. 120.3 CE .

Desde el punto de vista constitucional, el deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (STS 14 abril 1999). La respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber y entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido, tal como dispone el Art. 1.7 CC , lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley, establecida en el Art. 117.1 CE . En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que "la motivación [...] ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las resoluciones[...] (STC 77/2000 , así como las SSTS 69/1998 , 39/1997 , 109/1992 , entre muchas otras). Esta Sala ha aplicado esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTS 5 noviembre 1992 , 20 febrero 1993 , 26 julio 2002 y 18 noviembre 2003 , entre muchas otras). La obligación de motivación de las sentencias está recogida en el Art. 218 LEC, cuyo párrafo 2 establece que "las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho" y todo ello, "ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón". La falta de motivación de la sentencia constituye un motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, tal como aparece en el Art. 469.1, 2º LEC , y su concurrencia da lugar a la nulidad, con reposición de actuaciones (Art. 476.2,4 LEC).

Aplicando estos argumentos, la anterior sentencia concluía que se había producido una falta de motivación en la decisión del Tribunal de apelación, que vuelve a repetirse en la ahora recurrida.

En efecto, la sentencia de la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante, de 22 marzo 2010 , incluye los argumentos alegados en la anterior y recogidos de su decisión de 29 diciembre 2004, para que pueda procederse a acordar la guarda y custodia compartida que se limita a reproducir, pero que no aplica en la resolución del caso objeto del recurso. La decisión actualmente recurrida añade a este razonamiento otra resolución de la propia sección 6ª, de 10 enero 2006, de acuerdo con la cual "la figura de la custodia compartida es de interpretación restrictiva y de aplicación excepcional".

Esta motivación no es suficiente para justificar la negativa a la revocación de la guarda y custodia compartida acordada en la sentencia de primera instancia y ello por las siguientes razones: a) porque no se expresa de forma clara cuáles son las circunstancias que llevan a revocar la adopción de esta medida para los dos hijos pequeños de la pareja. Solo se refiere a las relativas a su edad, que, por otra parte, ha impedido el examen de los niños; b) porque el domicilio de los progenitores es conocido y, además, está próximo; c) porque la propia sentencia reconoce que la guarda y custodia compartida proporciona "un alto nivel de satisfacción de la menor cuando está con cada uno de sus progenitores, sintiéndose feliz en cada uno de los contextos familiares" y aunque no constan pruebas directas en relación a los otros hermanos, dado que los informes se efectuaron sin haber examinado a dichos menores, no es comprensible que la guarda y custodia compartida fuera conveniente únicamente para uno de los hijos y no para los demás. De aquí que el argumento acerca de la conveniencia de no separar a los hermanos resulta absolutamente reversible, ya que parte de una base inexistente, la de la diferente conveniencia de la medida para cada uno de los niños, que no se conoce al no haberse efectuado un examen de los mismos en el momento de dictarse la segunda sentencia.

QUINTO. *Estimación del recurso extraordinario por infracción procesal.*

La estimación del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, al apreciarse la falta de motivación de la sentencia recurrida, produce los siguientes efectos:

1º La exención del examen de los demás motivos del recurso.

2º La anulación de la sentencia recurrida.

3º Si bien de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 476.2,4 LEC , esta Sala debería ordenar que se repusieran las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en la vulneración, dado que se ha producido la misma infracción que en la sentencia originaria, es decir, la falta de motivación, esta Sala entiende que debe aplicar lo dispuesto en la *Disposición final 16, 7ª LEC*, al haberse recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo de lo dispuesto en el Art. 469.2 LEC , por lo que debe dictar nueva

sentencia, teniendo en cuenta lo alegado en el recurso de casación.

II. RECURSO DE CASACION.

SEXTO. *Los motivos del recurso de casación. No contradicción entre las sentencias de las Audiencias Provinciales.*

El recurso de casación se interpone por presentar el asunto interés casacional y se estructura en dos motivos: el primero, por existir jurisprudencia contradictoria dictada por las Audiencias Provinciales sobre el establecimiento de un sistema de guarda y custodia compartida en el caso en que no haya acuerdo entre los progenitores. El segundo, por ser el *Art. 92 CC* una norma con menos de cinco años de vigencia en el momento de presentarse el recurso de casación.

El primer motivo debe desestimarse .

El recurrente no puede pretender que se dicte una sentencia unificando una doctrina que en sí misma no resulta contradictoria, sino que se adapta a las distintas situaciones en que pueden encontrarse los menores de edad cuando se ha producido la crisis sentimental de sus progenitores. El único criterio unificador para la solución de cada uno de los casos presentados se encuentra en la necesidad de respetar e implementar el interés del menor y esta exigencia se encuentra ya establecida en las diversas leyes que se ocupan de regular estas situaciones, entre ellas, el propio *Art. 92.4 CC* . Cosa distinta son los criterios en que el interés del menor se concreta y que las diversas decisiones de las Audiencias Provinciales se encargan de concretar en cada caso.

SÉPTIMO. *La interpretación del art. 92 CC .*

En cambio, *debe estimarse el segundo motivo* , basado en la necesidad de interpretar una norma, el *Art. 92 CC* , con menos de cinco años de vigencia, dada la reforma que dicho artículo experimentó en 2005 .

Esta Sala ha venido ya recogiendo una serie de criterios relativos a la interpretación de lo que significa "**el interés del menor**", que deben tenerse en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida.

La STS 623/2009 , que anuló la anterior de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6ª, decía que del examen del derecho comparado se deducía que se utilizaban "*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; 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*" . Estos criterios se utilizan también en las SSTS de 10 y 11 marzo 2010 .

Por ello la interpretación del *Art. 92, 5, 6 y 7 CC* debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios antes explicitados y que la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

OCTAVO. *Los argumentos de la sentencia recurrida.*

La sentencia recurrida explicita, como ya había hecho la sentencia anulada, las que denomina "*condiciones que se requieren para una exitosa guarda compartida*" , que son: "*muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores; buena comunicación y cooperación entre ellos; residencias cercanas o geográficamente compatibles; rasgos de la personalidad y carácter de los hijos y los padres compatibles, estilos educativos de los progenitores similares o compatibles; edad de los menores y número de hermanos que permitan su adaptación; cumplimiento por los progenitores de sus obligaciones económicas; respeto mutuo por ambos progenitores; que no haya excesiva judicialización de la separación o divorcio; existencia de un vínculo afectivo de los niños con ambos padres y que acepten este tipo de custodia y que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de la custodia compartida. En definitiva, características de los progenitores como madurez personal y capacidad para separar el plano de pareja de sus roles como padres*" . Algunos de estos criterios vienen a coincidir con los enumerados en la STS 623/2009 ; algún otro, como el acuerdo de los progenitores en este sistema de guarda, es contrario a lo establecido a lo

establecido en el *Art. 92 CC* , que permite acordarla aun cuando ambos progenitores no coincidan en ello, con las cautelas exigidas en el propio *art. 92 CC* . Pero en cualquier caso, debe entenderse que la sentencia recurrida efectúa esta relación, repetimos, coincidente con la anulada, con la finalidad de utilizar estos criterios en un conjunto, sin primar uno con exclusión de los demás.

Pues bien, la conclusión a que llega a partir de esta enumeración resulta inconexa con el propio razonamiento. En efecto:

1º Se admite que la guarda compartida resulta beneficiosa para la hermana mayor, por lo que *"no existiría inconveniente dado el grado de adaptación que manifiesta a uno u otro de los progenitores"*.

2º A continuación, afirma que los hermanos Carlos y Doroteo , dada *"su corta edad"* , requieren un *"hogar más permanente"* , y ello aunque ambos progenitores vivan en Bruselas *"y tengan domicilios próximos"*. Los criterios que se manejan, se utilizan para evitar la guarda compartida, debiendo recordarse que la STS de esta Sala de 11 marzo 2010 rechazó el criterio de la "deslocalización" de los niños para no aplicar la guarda y custodia compartidas, por ser los cambios de domicilio una consecuencia inherente a este tipo de guarda, que hay que decidir precisamente cuando los padres han acordado no vivir juntos.

3º A partir de lo anterior, la sentencia recurrida aplica el criterio de no separar a los hermanos, cuando la Audiencia no ha comprobado si este tipo de guarda era o no beneficioso para los hermanos Carlos y Doroteo , de modo que para proteger el hipotético interés de estos dos niños, se perjudica el de la hermana mayor, sin una base para ello.

4º En el procedimiento figuran tres informes: el de la psicóloga adscrita al Juzgado de Familia de Alicante, en relación a las medidas provisionales, y que es favorable a la guarda y custodia compartidas; un segundo, firmado por el Dr. Cosme , con abundantes citas doctrinales, que es contrario a este tipo de guarda, y un tercero, de otro psicólogo, relativo a una serie de crisis sufridas por Dª Tarsila . Asimismo figura el informe del Ministerio Fiscal, de 28 octubre 2005, que considera beneficioso para el interés de los hijos menores de edad la adopción de la medida de la guarda y custodia compartida. Debe recordarse que en la sentencia recurrida solo se han tenido en cuenta los informes presentados a instancia de parte y ni tan solo se ha valorado el contenido del presentado por el psicólogo del Juzgado de familia.

NOVENO. *Estimación del segundo motivo del recurso.*

La estimación del motivo segundo del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Pedro Jesús contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6ª, de fecha 22 marzo 2010 determina en parte la de su recurso.

Procede anular y casar la sentencia recurrida y reponer la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia nº 10 de Alicante, de fecha 15 noviembre 2005 , cuyo fallo atribuyó la guarda y custodia compartida de los niños Daniela , Carlos y Doroteo a ambos progenitores.

Respecto del documento presentado por el recurrente D. Pedro Jesús con su recurso de casación, esta Sala no lo admite porque se trata de un escrito que se refiere a hechos posteriores al enjuiciado, y ello sin perjuicio de que pueda tenerse en cuenta en ejecución de sentencia, porque, además, las medidas tomadas en los procedimientos de este tipo, pueden ser modificadas en juicios posteriores, según las nuevas circunstancias.

DÉCIMO. *Costas .*

No se imponen las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, de acuerdo con lo dispuesto en el *artículo 398 de la LEC* .

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

FALLAMOS

1º Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de D. Pedro Jesús contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6ª, de fecha 22 marzo 2010, dictada en el rollo de apelación 105/06 .

2º Se estima en parte el recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Pedro Jesús contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6ª, de fecha 22 marzo 2010,

dictada en el rollo de apelación 105/06 .

3º Se casa y anula la sentencia recurrida.

4º Se repone la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia nº 10 de Alicante, de fecha 15 noviembre 2005 , cuyo FALLO dice: "...Que *ESTIMANDO EN PARTE* la demanda formulada por el Procurador Sr. NAVARRETE RUIZ, en nombre y representación de Dña. Tarsila contra D. Pedro Jesús , representado por la Procuradora Sra. FUENTES TOMÁS, debo acordar las siguientes medidas en beneficio de los hijos menores:

1.- Los hijos menores de ambas partes, Daniela , Carlos y Doroteo , sometidos a la patria potestad de ambos progenitores. quedarán bajo la guardia y custodia *COMPARTIDA* de ambos progenitores, alternándose los tiempos de estancia con cada progenitor por periodos semanales, produciéndose la entrega de uno al otro los domingos a las 20 horas. Hasta que el menor, Doroteo , cumpla las tres años, el progenitor con el que los menores no se encuentren esa semana, podrá visitarlos a diario entre semana, durante una hora.

2.- A partir de que el menor, Doroteo , cumpla un año, las vacaciones escolares de los menores se repartirán por mitad entre ambos progenitores.

3.- El padre deberá de satisfacer íntegramente los gastos escolares, transporte escolar y actividades extraescolares, libros, comedor escolar, uniformes y gastos extraordinarios en general que no sean gratuitos en función del organismo europeo para el que trabaje la madre, percibiendo la misma las subvenciones o pensiones que por tenencia o estudios de hijos se otorguen por dicho organismo.

4.- No procede condena en costas a ninguna de las partes."

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

6º No se hace especial declaración de las costas originadas por el recurso de apelación.

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 .-Jesus Corbal Fernandez.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel .-Encarnacion Roca Trias.- 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.