

**Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 25 May. 2012, rec.
1395/2010**

Ponente: Roca Trías, Encarnación.

Nº de Sentencia: 323/2012

Nº de RECURSO: 1395/2010

Jurisdicción: CIVIL

LA LEY 72578/2012

Texto

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Mayo de dos mil doce.

SENTENCIA

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 Palma de Mallorca, sección 4ª, por **D. Eulogio** , representada por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Larre, contra la Sentencia dictada, el día 5 de mayo de 2010, por la referida Audiencia y sección, en el rollo de apelación nº 519/2009 , (LA LEY 77253/2010) que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Palma de Mallorca, en los autos de divorcio nº 782/2008. Ante esta Sala comparecen el Procurador Sr. Lanchares Larre en nombre y representación de D. Eulogio , personándose en calidad de parte recurrente. El Procurador Sr. Fernández Martínez en nombre y representación de Dª Enma , se personó en calidad de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Palma de Mallorca, interpuso demanda de divorcio, D. Eulogio , contra D.ª Enma . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *".... se sirva*
laleydigital.es

5/14/2013

dictar Sentencia, mediante la cual se decrete la disolución por divorcio del matrimonio contraído por los litigantes el 9 de septiembre de 2000 en Valldemossa, (Mallorca) inscrito en el Tomo NUM000 , Página NUM001 , Sección 2ª, y se decreten como MEDIDAS COMPLEMENTARIAS a tal declaración las siguientes: 1.- Se decrete que la responsabilidad parental y sistema de guarda y custodia de los hijos común será compartida entre a padres, de siguiente modo:

Período escolar: *Durante el período escolar, los hijos estarán una semana consecutiva con cada progenitor, de Lunes a Lunes, realizándose el intercambio, salvo pacto contrario de los progenitores en el centro escolar, es decir, les recogerá a la salida del centro escolar, aquel progenitor al que le corresponda el inicio de la semana, y así sucesivamente.*

Período vacacional:

Mitad de los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y Verano. Dada la extensión del período vacacional estival, éste será dividido en dos sub-periodos, que será disfrutado por ambos padres, del siguiente modo:

1º período: los días no lectivos de Junio (desde que acaban las clases, hasta las 10 horas del día 1 de Julio); segunda quincena de Julio, (desde las 10 horas del día 16 de Julio hasta las 10 horas del día 1 de Agosto), y segunda quincena de Agosto, (desde las 10 horas del día 16 de Agosto, hasta las 10 horas del día 1 de Septiembre).

2º período: la primera quincena de Julio (desde las 10 horas del día 1 hasta las 10 horas del día 16 de Julio); la primera quincena de Agosto, (desde las 10 horas del día 1 de Agosto hasta las 10:00 horas del día 16 de Agosto); y los días no lectivos de Septiembre (desde las 10 horas del día 1 de Septiembre, hasta las 9:00 horas del comienzo del curso escolar).

Para el supuesto de discrepancia en la elección de los períodos vacacionales, corresponderá al padre, Sr. Eulogio su elección durante los años pares, y a la madre durante los impares, y así de forma alterna.

Los hijos estarán el día de la Madre y el 23 de Junio, cumpleaños de la Sra. Enma , con la Madre; y el día del Padre, y el 30 de Noviembre, cumpleaños del Sr. Eulogio , con el padre.

2.- Se decrete que la contribución a los gastos de los hijos por ambos padres, será efectuada del siguiente modo:

Se procederá a la apertura de una cuenta corriente intitulada a nombre de ambos progenitores, que será proveída mensualmente con la suma de trescientos setenta y cinco euros (375 €), dentro de los cinco primeros días de cada mes; a razón de 225 € el Sr. Eulogio , y 150 € la Sra. Enma . En el mes de Septiembre de cada año, se procederá a realizar una aportación extraordinaria por cada uno de los progenitores, que consistirá en el doble de las sumas que en cada momento esté abonando cada progenitor. Con los fondos de la cuenta o libreta, se hará frente a los siguientes cargos:

.- libros y material escolar de los hijos, y vestuario escolar obligatorio establecido por el centro, tales como babero, chandal, Y vestuario escolar obligatorio que precisen los niños para realización de actividades extraescolares realizadas en el centro escolar, o fuera de estas dependencias que hayan sido decididas de común acuerdo.

.- actividades extraescolares a las que sean matriculados, en cada curso escolar, previo consenso de ambos padres.

.- las medicinas prescritas por el pediatra de los hijos, o médico que les atienda en urgencias, en la parte no subvencionada por la Seguridad Social o cobertura sanitaria de los hijos.

.- el coste del comedor escolar de ambos hijos.

.- los gastos extraordinarios de los hijos, que hayan sido decididos de común acuerdo entre los progenitores.

Las cantidades serán actualizables anualmente, cada primero de Enero, de conformidad con el IPC que dicte el INE u Organismo Oficial que le sustituya.

Cada progenitor asumirá el coste de alimentación de los hijos durante los períodos en que les tenga consigo así como el coste del vestuario de los menores que adquieran para dichos períodos.

3.- **.- subsidiariamente** , y para el supuesto de no accederse a la guarda y custodia compartida, el Sr. Eulogio solicita:

3. 1) Régimen de estancias, visitas y comunicación con los hijos *teniéndoles consigo del siguiente modo:*

Los Martes y los Jueves, desde la salida del colegio, con pernocta en su domicilio, hasta el día siguiente, en que les reintegrará al centro escolar, en el horario del comienzo de las clases, o a las 9:00 horas en el supuesto de que el día fuese festivo o no lectivo, en cuyo caso les reintegrará en el domicilio materno.

si el Martes y/o Jueves, fuese festivo o no lectivo, corresponderá al padre tener consigo los hijos desde las 9:00 horas de dicho día.

Si los lunes y/o Miércoles, fuese festivo o no lectivo, corresponderá a la madre tener consigo a los hijos.

Los fines de semana alternos, desde el Viernes a la salida del colegio, hasta el Lunes por la mañana, en el horario del comienzo de las clases, o a las 9:00 horas en el supuesto de que el día fuese festivo o no lectivo, en cuyo caso les reintegrará en el domicilio materno.

Si los viernes fuese festivo o no lectivo, dicho día, desde las 9 horas, será unido al fin de semana y disfrutado por el progenitor al que corresponda dicho fin de semana.

Mitad de los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y Verano. Dada la extensión del período vacacional estival, éste será dividido en dos sub-períodos, que será disfrutado por ambos padres, del siguiente modo:

1º período: los días no lectivos de Junio (desde que acaban las clases, hasta las 10 horas del día 1 de Julio); segunda quincena de Julio, (desde las 10 horas del día 16 de Julio hasta las 10 horas del día 1 de Agosto) , y segunda quincena de Agosto, (desde las 10 horas del día 16 de Agosto, hasta las 10 horas del día 1 de Septiembre)

2º período la primera quincena de Julio (desde las 10 horas del día 1 hasta las 10 horas del día 16 de Julio); la primera quincena de Agosto, (desde las 10 horas del día 1 de Agosto hasta las 10:00 horas del día 16 de Agosto); y los días no lectivos de Septiembre (desde las 10 horas del día 1 de Septiembre, hasta las 9:00 horas del comienzo del curso escolar.

Para el supuesto de discrepancia en la elección de los períodos vacacionales, corresponderá al padre, Sr. Eulogio su elección durante los años pares, y a la madre durante los impares, y así de forma alterna.

Los hijos estarán el día de la Madre y el 23 de Junio, cumpleaños de la Sra. Enma , con la Madre; y el día del Padre, y el 30 de Noviembre, cumpleaños del Sr. Eulogio , con el padre.

3.2) Pensión alimenticia: el Sr. Eulogio contribuirá con la suma mensual de doscientos veinticinco euros (225 €), cantidad pagadera por adelantado, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente designada por la Sra. Enma , actualizable mensualmente, de conformidad con el IPC que dicte el INE u Organismo Oficial que le sustituya.

Los gastos extraordinarios serán asumidos por mitades entre ambos progenitores, siempre que previo el mismo, haya sido consensuado en su realización. Caso contrario, y para el supuesto de no existir autorización judicial previa, será asumido por aquel que lo haya llevado a cabo o insista en su realización.

4.- Se mantengan las medidas d, e y f de la Sentencia de Separación de 15 de Noviembre de 2.005 ".

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de D.^a Enma los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"... se dicte en su día Sentencia en cuya virtud, estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Eulogio decrete la disolución por divorcio del matrimonio de los litigantes, acordando como medidas regidoras del mencionado divorcio las señaladas en la sentencia regidora de la separación de los cónyuges, vigentes al día de hoy, con expresa imposición de las costas al actor por su infundada y temeraria demanda".*

El Ministerio Fiscal, presentó escrito contestando a la demanda y alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: *"Tener por contestada la demanda y por opuesto al Ministerio fiscal a la estimación de la misma, y dar a los autos el curso correspondiente".*

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, y previos los trámites procesales correspondientes fueron practicadas las pruebas propuestas por las partes, previamente admitidas y declaradas pertinentes con el resultado que obra en autos, el Juzgado de 1^a Instancia nº 12 de Palma de Mallorca dictó Sentencia, con fecha 22 de mayo de 2009 y con la siguiente parte dispositiva: *"FALLO: Que estimando la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. Muñoz García en nombre y representación de D. Alonso debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio celebrado en la localidad de Valldemosa en fecha 9 de septiembre de 2000 entre el ya mencionado D. Eulogio y Dña. Enma quien ha litigado representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Rodríguez Rincón, con adopción de las siguientes medidas:*

1. Ratificar a la madre en la guarda y custodia de los dos hijos habidos en el matrimonio, que todavía son menores de edad y que quedan confiados a su cuidado, compartiendo ambos progenitores la titularidad de la patria potestad sobre los mismos.
2. Reconocer a favor del padre el derecho de visitar a los hijos y tenerlos en su compañía el cual se ejercerá a partir de esta fecha, en la forma siguiente: dos tardes a la semana, martes y jueves, desde la salida del colegio, comiendo con él, hasta las 20.00 horas, los fines de semana alternos desde las

19.30 horas del viernes hasta las 19.30 horas del domingo y la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano, éstas últimas y para evitar que los menores pasen mucho tiempo sin ver o estar con uno u otro de los progenitores se dividirán en períodos quincenales, en caso de discrepancia el padre elegirá el periodo vacacional a disfrutar los años pares y la madre los impares.

3. Ratificar a los hijos comunes en compañía de la madre en el uso y disfrute del domicilio que fue conyugal y del ajuar doméstico existente en el mismo.

4. D. Eulogio abonará en concepto de alimentos para los dos hijos comunes la cantidad de 300 euros mensuales pagadera por anticipado, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente o libreta de ahorro, que al efecto designe el receptor. Dicha cantidad se actualizará anualmente, con efectos de primero de enero de cada año, en proporción a las variaciones que experimenten los índices de precios al consumo, según el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya.

5. Los gastos extraordinarios que tengan su origen en los hijos comunes serán satisfechos en la forma siguiente:

a) Los que tenga un origen médico o farmacéutico y los que teniéndolo lúdico o académico hubiera sido acordada su realización por ambos progenitores, o en su defecto hubiesen sido autorizados judicialmente, por mitad de iguales partes.

b) Los que tengan un origen lúdico o académico y no cuenten para su realización con el acuerdo de ambos progenitores o con la autorización judicial supletoria, por aquél que determine su realización si es que el gasto llegara a producirse. Los gastos reclamados deberán ser justificados oportunamente en cuanto a su importe, y en su caso, a su devengo.

6. El préstamo hipotecario que grava la vivienda conyugal, propiedad de ambos litigantes, será abonado por mitad por cada uno de los titulares, igualmente se pagarán por mitad los gastos de IBI, gastos extraordinarios de comunidad y demás impuestos municipales que gravan la propiedad de la citada vivienda.

Sin expreso pronunciamiento en costas".

La Procuradora D^a M^a Isabel Muñoz García, presentó escrito solicitando aclaración de sentencia, dictándose con fecha 28 de mayo de 2009, auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "... se tiene por rectificado el fallo de la sentencia de fecha 22 de mayo de 2009 , y donde dice "Estimando la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. Muñoz García en

5/14/2013

nombre y representación de D. Alonso ", debe decir "Estimando parcialmente la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Muñoz García en nombre y representación de D. Eulogio ...".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D.^a María Isabel Muñoz García. Sustanciada la apelación, la Sección 4^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó Sentencia, con fecha 5 de mayo de 2010 , con el siguiente fallo: "...1) *QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el Procurador D^a María Isabel Muñoz García en nombre y representación de D. Eulogio , así como la impugnación deducida por el Procurador de los Tribunales D. José Rodríguez Rincón, en nombre y representación de D^a Enma , ambos contra la sentencia de fecha 22 de mayo de 2009 (auto aclaratorio de 28/05/09), dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma en los autos de juicio de divorcio de los que trae causa el presente Rollo, y, en consecuencia, DEBEMOS CONFIRMARLA y la CONFIRMAMOS en todos sus extremos y pronunciamientos.*

2) Se imponen a la parte apelante e impugnante las costas devengadas en esta alzada por sus respectivas impugnaciones".

TERCERO. Anunciados recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por D. Eulogio , el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por el Procurador de los Tribunales D.^a M^a Isabel Muñoz García formalizó el recurso extraordinario por infracción procesal articulándolo en los siguientes motivos:

Único.- Infracción del art. 218.2 de la LEC (LA LEY 58/2000) , y vulneración del art. 24 CE (LA LEY 2500/1978) , por falta de motivación de la Sentencia recurrida y Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

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

Primero.- Infracción del art. 92 apartados 6 y 8 del Código Civil .

Segundo.- Existencia de interés casacional dado que el art. 92.8 del Código Civil (LA LEY 1/1889) , norma aplicada por en la Sentencia recurrida, fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la Ley 15/2005, de 8 de julio (LA LEY 1125/2005).

Por resolución de fecha 15 de julio de 2010, la Audiencia Provincial de 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 Sr. Lanchares Larre en nombre y representación de D. Eulogio , personándose en calidad de parte recurrente. El Procurador Sr. Fernández Martínez en nombre y representación de D^a Enma , se personó en calidad de parte recurrida.

Admitido el recurso por auto de fecha 1 de febrero de 2011 y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Angel Luis Fernández Martínez, en nombre y representación de D.^a Enma , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

El Ministerio Fiscal presentó escrito mostrando su conformidad con los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el veintiséis de abril de dos mil doce, 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 que dan lugar al presente recurso.

1º D. Eulogio y D^a Enma se casaron en 2000. Tienen dos hijos, nacidos en 2002 y 2005, respectivamente.

2º La sentencia de 15 noviembre 2005 acordó la separación, atribuyó la guarda y custodia de los hijos a la madre, impuso un derecho de alimentos al padre y estableció el derecho de visitas.

3º En la demanda que origina el presente recurso, D. Eulogio pidió la disolución del matrimonio por divorcio y que se cambiaran las medidas acordadas en la sentencia de separación relativas a la guarda y custodia exclusiva de la madre, pidiendo se estableciera como compartida. En su contestación, D^a Enma se opuso a la guarda y custodia compartida.

4º El informe pericial psicológico del psicólogo adscrito al juzgado de 1ª instancia nº 12 de familia, de Palma de Mallorca, concluyó que *"puede ser beneficioso para los niños que se establezca una guarda y custodia compartida"*; que *"el horario laboral del padre permite establecer un sistema de alternancia semanal, con recogida o bien el lunes a la salida del colegio o el domingo por la tarde"* y que *"las vacaciones podrían seguir repartiéndose por mitades en periodos de quince días"*.

El Ministerio Fiscal en primera instancia interesó que se dictara sentencia constituyéndose un régimen de guarda y custodia compartida.

5º El Juzgado nº 12 de Palma de Mallorca dictó sentencia el 22 de mayo de 2009 , en la que acordaba el divorcio. En relación a las medidas, mantuvo la guarda y custodia exclusiva de la madre, reconoció un derecho de visitas amplio del padre y ratificó el uso del domicilio conyugal por los hijos y la madre como progenitor custodio. Argumentó que después de examinar la prueba y pese al informe del psicólogo favorable a la guarda y custodia compartida, el régimen vigente hasta el momento de la sentencia de divorcio *"ha sido beneficioso para los niños, por lo que para quien ahora resuelve no se aprecia la necesidad de modificar el mismo"* y más cuando el horario del padre era sustancialmente igual al que tenía en el momento de la separación, teniendo en cuenta los horarios de trabajo del padre y de la madre, *"considerando este juzgador que los niños presentan una estabilidad en su estado psíquico, y en sus hábitos de vida que no se aprecia prudente modificar dada su todavía corta edad, evitando así que tengan que acomodarse a un régimen de cuidado distinto como sería el de vivir cada semana en un progenitor, o el de pernoctar dos noches por semana y de forma alterna en una y otra casa"*.

6º D. Eulogio apeló la sentencia. La SAP de Palma de Mallorca, sección 4, de 5 mayo 2010 , confirmó la sentencia apelada. Los argumentos utilizados para la confirmación de la sentencia apelada son los que se resumen: **(a)** *"Casi no cabe recordar, por obvio y evidente, que la medida que haya que acordarse debe estar dirigida a proteger a los menores y procurar su mayor beneficio. El principio "quasi" universal del "favor filii", la invocación de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1.989, ratificada por el Estado Español el 31 de diciembre de 1.990 y el art. 39.4 de la Constitución Española (LA LEY 2500/1978), son cita obligada;* **(b)** *si las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos (artículo 92, párrafo segundo), deberán los Tribunales inclinarse por la que satisfaga esta exigencia mejor que las demás. Está claro que para decidir sobre el régimen de custodia, como para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, pero en la línea que propugnamos, resulta conveniente el análisis de posibles alternativas, como la que constituye la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores, posibilidad que, incluso, se estima, en dicha resolución, acogible de oficio, al no quedar constreñida por los principios de rogación y congruencia, que no rigen en materia que afecta al interés público de resolver en beneficio de los niños, las cuestiones relativas a las relaciones con sus progenitores";* **(c)** *"aunque la postura del Ministerio Fiscal expresada en*

el acto de la vista del juicio pudiera entenderse como favorable a la guarda y custodia compartida, lo cierto es que dicho sistema se rechaza en la sentencia combatida, optando por la atribución en exclusiva a uno de los progenitores con el correlativo régimen de visitas en favor del otro y, asimismo, que el Ministerio Público, al oponerse en esta alzada al recurso del Sr. Eulogio , viene a concordar dicha última medida, con lo cual se carece de su preceptivo favorable"; (d)"El informe psicológico no evidencia que la guarda y custodia compartida sea la sola y única forma de proteger los intereses de los menores".

7º D. Eulogio presenta recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que fueron admitidos por ATS de 1 febrero 2011 .

Figura el informe del Ministerio Fiscal, que interesa que se case la sentencia recurrida.

SEGUNDO. *Recurso extraordinario por infracción procesal: falta de motivación.*

Primer motivo . Infracción del Art. 218.2 LEC (LA LEY 58/2000) y del Art. 24 CE (LA LEY 2500/1978) , por falta de motivación de la sentencia y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Señala el recurrente que la sentencia recurrida deniega la guarda y custodia compartida al amparo de la falta de informe favorable del Ministerio Fiscal, que en ningún momento lo emitió. La sentencia recurrida no motiva suficientemente la desestimación de la guarda y custodia compartida, no siendo suficiente ampararse en la falta de informe favorable del Ministerio Fiscal y en la falta de contundencia del informe psico-social. Cita las SSTs de 28 septiembre y 8 octubre 2009 . La sentencia no da respuesta a las cuestiones planteadas en el proceso, por lo que viola la ley y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

El motivo se estima.

Se reproduce a continuación la doctrina de la Sala en materia de falta de motivación: *"La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el Art. 120.3 CE (LA LEY 2500/1978). 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*

elArt. 1.7 CC (LA LEY 1/1889), lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley, establecida en elArt. 117.1 CE (LA LEY 2500/1978). 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 (LA LEY 6732/2000), 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 elArt. 218 LEC (LA LEY 58/2000), 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, de acuerdo con el Art. 469.1 , 2º LEC , y su concurrencia da lugar a la nulidad, con la consiguiente aplicación de lo dispuesto en la Disposición final 16 LEC (LA LEY 58/2000) .

Aplicando estos argumentos, las sentencias recaídas en casos en que se discute la guarda y custodia compartida, señalan que la doctrina de la Sala se ha pronunciado 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 y 578/2011, de 21 julio).

La motivación contenida en la sentencia recurrida no tiene en cuenta más que de forma retórica, el interés del menor, por lo que no es suficiente para justificar la negativa al establecimiento de la guarda y custodia compartida pedida únicamente por el padre y ello por las siguientes razones: (a) se invoca a los simples efectos introductorios, el criterio del interés del menor, que se identifica en los textos que se citan y que según la sentencia recurrida constituyen "cita obligada", pero no se aplica ningún criterio integrador del interés para acordar el sistema de guarda a los niños, ni se explicita por qué razón se

considera que dicho interés está bien protegido con el sistema de guarda exclusiva; (b) porque no expresa de forma clara cuáles son las circunstancias que llevan a negar la adopción de esta medida para los dos hijos de la pareja; (c) al tratarse de una guarda y custodia pedida únicamente por uno de los progenitores, la Audiencia Provincial razona correctamente sobre los requisitos que deben cumplirse de acuerdo con el art. 92.8 CC (LA LEY 1/1889) , pero no valora los informes psicosociales que habían ya aconsejado la guarda y custodia compartida, y se apoya solo en un informe negativo del Fiscal, que se opone a la estimación del recurso y pide la confirmación de la sentencia recurrida "por ser correcta y ajustada Derecho por sus propios fundamentos", en un informe puramente formal, en el que no se razona ni se dice nada sobre la medida discutida,

De acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal que apoya el recurso extraordinario por infracción procesal, esta Sala concluye que falta la motivación suficiente para considerar cumplido el deber constitucional de motivación, al fundarse la sentencia recurrida únicamente en forma nominal en el interés del menor, que después no aplica para resolver el recurso.

TERCERO. *Estimación del recurso extraordinario por infracción procesal. Costas*

Al apreciarse la falta de motivación de la sentencia recurrida, la estimación del único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal produce la anulación de dicha sentencia.

Procede no imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

CUARTO. *La atribución de la guarda y custodia compartida.*

Según 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 (LA LEY 58/2000) , procede dictar nueva sentencia, teniendo en cuenta lo alegado en el recurso de casación.

Para ello debe examinarse lo que se alega en el motivo primero , del recurso de casación, que señala la infracción del Art. 92.6 y 8 CC , por ser contraria a la doctrina de esta Sala, identificada en las SSTs de 28 septiembre 2009 , 10 marzo , 11 marzo y 8 octubre 2010 . Partiendo del carácter de orden público que tiene el interés del menor, no se ha tenido en cuenta en la sentencia recurrida que se basa únicamente en la falta de informe del Ministerio Fiscal, por lo que ha contravenido la jurisprudencia del TS, en el sentido de que no ha fundado su decisión en el interés del menor, sino en la inexistencia de informe favorable. En ningún momento ha tenido en cuenta ninguno de los parámetros recogidos en estas sentencias, ni el informe de los especialistas.

QUINTO. *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 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 la STS de 94/2010, de 11 marzo . 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 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. A estos efectos, la STS 579/2011, de 22 julio , ha interpretado la expresión "excepcional", contenida en el art. 92.8 CC (LA LEY 1/1889) en el sentido que "La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el Art. 92.8 CC (LA LEY 1/1889) no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla "fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el Art. 92.8 CC (LA LEY 1/1889), ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla".*

SEXTO. *Al haber asumido esta Sala funciones de instancia, debe decidir sobre la forma de ejercicio de la guarda y custodia, para lo que debe examinar los argumentos favorables a la guarda y custodia compartida de los hermanos Belarmino , que son los siguientes:*

1º Dadas las circunstancias laborales del padre y de la madre, la disponibilidad horaria de ambos resulta semejante y no produce ningún inconveniente para la protección del interés de los hijos.

2º El informe psicosocial del equipo del juzgado de 1ª instancia nº 12 de Palma de Mallorca llega a la conclusión que puede ser beneficioso para los niños este tipo de guarda.

3º En el informe que acompaña su contestación al presente recurso, el Fiscal, en su cualidad de defensor y representante de los menores, que le atribuye el art. 3 de su Estatuto orgánico, ha asumido dicha defensa de forma expresa en este trámite y ha dicho que "está de acuerdo con la adopción de la medida de la guarda y custodia compartida, en base al informe que en su día formuló el Equipo Psicotécnico del Juzgado de Familia".

SÉPTIMO. *Esta Sala, en funciones de instancia, acuerda estimar la demanda presentada por D. Eulogio y establecer el régimen de la guarda y custodia compartida sobre los hermanos menores Belarmino .*

Al carecer esta Sala de conocimientos sobre las circunstancias fácticas de este caso que han haber podido cambiar después de la presentación de la demanda origen del presente litigio, se deja a la ejecución de esta sentencia la determinación de los periodos de estancia, convivencia y alimentos de los menores con cada uno de los progenitores, si bien se establecen las siguientes bases:

1ª Se procurará que la convivencia con cada progenitor sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización de los niños.

2ª El progenitor que no tenga consigo a los hijos y durante el período de convivencia con el otro progenitor, gozará de un amplio derecho de visitas.

3ª No se podrá separar a los dos hermanos.

4ª Se establecerá la contribución de cada progenitor a los alimentos de los menores, en el que deberá computarse la atribución del uso del domicilio que fue conyugal y la dedicación personal de cada progenitor a la atención y cuidado de los hijos.

5ª Estas medidas se tomarán previa audiencia de los progenitores y del Ministerio Fiscal

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. Eulogio contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma, sección 4ª, de 5 mayo 2011, en autos 519/09. (LA LEY 77253/2010)

2º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º A la vista de las argumentaciones contenidas en el recurso de casación, se dicta sentencia estimando la demanda presentada por D. Eulogio en el procedimiento de divorcio nº 782/08, y se acuerda la guarda y custodia compartida de los menores Belarmino .

4º La forma de ejercicio de la guarda y custodia será determinada en ejecución de sentencia, de acuerdo con las bases siguientes:

- a) Se procurará que la convivencia con cada progenitor sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización de los niños.
- b) El progenitor que no tenga consigo a los hijos y durante el período de convivencia con el otro progenitor, gozará de un amplio derecho de visitas.
- c) No se podrá separar a los dos hermanos.
- d) Se establecerá la contribución de cada progenitor a los alimentos de los menores, en el que deberá computarse la atribución del uso del domicilio que fue conyugal y la dedicación personal de cada progenitor a la atención y cuidado de los hijos.
- e) Estas medidas se tomarán previa audiencia de los progenitores y del Ministerio Fiscal.

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 ni de la 1ª instancia.

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 .-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller .-Encarnacion Roca Trias.- Ignacio Sancho Gargallo.-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.