

"Sentencia de la Sala primera del tribunal Supremo dictada en recurso e interés casacional en la que se establecen los requisitos para la fijación de la guarda y custodia compartida de hijos e hijas menores de edad"

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 xª, por D. XXXXXXXX, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª. XXXXXXXX contra la Sentencia dictada, el día xx de mayo de 200x, por la referida Audiencia en el rollo de apelación nº xx5/200x, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número xx de Alicante, en el juicio verbal nº xxx/05. Ante esta Sala comparecen el recurrente D. XXXXXXXX, representado por el Procurador D. XXXXXXXX, la Procuradora Dª XXXXXXXX, en representación de Dª XXXXXXXX y en calidad de parte recurrida. Asimismo es interviniente el Ministerio Fiscal.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Ante el Juzgado de Primera Instancia número xx de Alicante, interpuso demanda de juicio verbal sobre guarda- custodia y alimentos a hijos no matrimoniales, contra D. XXXXXXXX. 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. XXXXXXXX contribuya en concepto de alimentos para con sus tres hijos en la cantidad de 4.000 euros mensuales, actualizables en el mes de enero de cada año conforme el IPC que publica el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que le sustituya.*

"Sentencia de la Sala primera del tribunal Supremo dictada en recurso e interés casacional en la que se establecen los requisitos para la fijación de la guarda y custodia compartida de hijos e hijas menores de edad"

*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. XXXXXXXX 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 1xx: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".*

"Sentencia de la Sala primera del tribunal Supremo dictada en recurso e interés casacional en la que se establecen los requisitos para la fijación de la guarda y custodia compartida de hijos e hijas menores de edad"

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, 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 dictó Sentencia, con fecha xx de noviembre de 2005 y con la siguiente parte dispositiva: *"FALLO: Que ESTIMANDO EN PARTE la demanda formulada por el Procurador Sr. XXXXXXXX, en nombre y representación de Dña. XXXXXXXX contra D. XXXXXXXX, 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, XXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXXXXXX, 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 períodos semanales, produciéndose la entrega de uno al otro los domingos a las 20 horas. Hasta que el menor, XXXXXXXXXXXXXXXX, cumpla los 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, XXXXXXXXXXXXXXXX, 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".*

"Sentencia de la Sala primera del tribunal Supremo dictada en recurso e interés casacional en la que se establecen los requisitos para la fijación de la guarda y custodia compartida de hijos e hijas menores de edad"

**SEGUNDO.** Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D<sup>a</sup>. XXXXXXXX. Sustanciada la apelación, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante dictó Sentencia, con fecha xx de mayo de 200x , con el siguiente fallo: *"Estimar en lo necesario el recurso de apelación interpuesto por Procurador Don Juan XXXXXXXX en representación de Doña XXXXXXXX contra la sentencia dictada por el Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> Diez de la ciudad de Alicante en fecha xx 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, XXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXXXXXX, quedarán bajo la guarda y custodia de la madre Doña XXXXXXXX, siendo la patria potestad compartida.*

*2.- Se establece como régimen de visitas del padre Don XXXXXXXX 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 XXXXXXXX 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, 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 instancias".*

**TERCERO.** Anunciados recursos extraordinario por infracción procesal y de casación por D. XXXXXXXX , y recurso de casación por interés casacional por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia los tuvo por preparados y dicha parte, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Pilar Fuentes Tomas, los interpuso ante dicha Sala, articulándolo en los siguientes motivos:

"Sentencia de la Sala primera del tribunal Supremo dictada en recurso e interés casacional en la que se establecen los requisitos para la fijación de la guarda y custodia compartida de hijos e hijas menores de edad"

**Recurso Extraordinario por Infracción Procesal:**

Primero.- Al amparo de lo prevenido en el artículo 477.2.3º de la LEC de 2000, Infracción de los artículos 4x9.1.2º , en relación con el artículo 21xx.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Segundo.- Al amparo de lo prevenido en el artículo 477. 2.3º de la LEC de 2000 , por infracción del artículo 21xx. 2 de la LEC , en relación con el artículo 4x9.1.2º .

Tercero.- Al amparo de lo prevenido en el artículo 477. 2.3º de la LEC de 2000 , infracción del artículo 4x9.1.3º de la LEC , y del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/199x de xx de enero, de Protección Jurídica del Menor .

**Recurso de Casación:**

Primero.- Al amparo de lo prevenido en el art. 477. 2.3º de la LEC de 2000 , sobre jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Segundo.- Al amparo de lo prevenido en el art. 477. 2.3º de la LEC de 2000 , infracción del artículo 92 del Código Civil , modificado por la Ley xx/2005, de xx de julio .

El Ministerio Fiscal, interpuso su recurso de casación por interés casacional, al amparo de los artículos 4xx y 477, apartados 1 y 2, 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 92.xx del Código Civil , en su actual regulación introducida por la Ley xx/05 de xx julio .

Por resolución de fecha x de julio de 200x, 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. XXXXXXXX, en nombre y representación de D. XXXXXXXX , en calidad de recurrente. La Procuradora D<sup>a</sup> XXXXXXXX, en representación de D<sup>a</sup> XXXXXXXX , se personó en calidad de recurrida. Es interviniente el Ministerio Fiscal, que en la sustanciación del presente recurso solicitó se le tuviera por desistido, impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

"Sentencia de la Sala primera del tribunal Supremo dictada en recurso e interés casacional en la que se establecen los requisitos para la fijación de la guarda y custodia compartida de hijos e hijas menores de edad"

Por Auto de fecha xx de febrero de 2008, la Sala acuerda: "...1º) ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de D. XXXXXXXX , contra la Sentencia dictada, en fecha xx de mayo de 200x, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Sexta), en el rollo nº xx5/200x dimanante de los autos de juicio verbal nº xxx/05, del Juzgado de Primera Instancia nº xx de Alicante. 2) Tener por DESISTIDO al Ministerio Fiscal del recurso de casación interpuesto contra la citada sentencia ...".

La representación de D<sup>a</sup> XXXXXXXX , evacuando el traslado conferido al respecto, presentó escrito oponiéndose al recurso extraordinario por infracción procesal y al recurso de casación deducido de contrario.

El Ministerio Fiscal presentó escrito solicitando la desestimación de los motivos primero y segundo y tercero del recurso extraordinario por infracción procesal. En cuanto al recurso de casación solicitó la desestimación del primer motivo y la estimación del segundo.

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

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

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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

1º D. XXXXXXXX y D<sup>a</sup> XXXXXXXX tenían tres hijos, de edades entre x años y dos meses cuando se separaron en el año 2004.

"Sentencia de la Sala primera del tribunal Supremo dictada en recurso e interés casacional en la que se establecen los requisitos para la fijación de la guarda y custodia compartida de hijos e hijas menores de edad"

D<sup>a</sup> XXXXXXXX demandó a su compañero D. XXXXXXXX y pidió que se le otorgara la guarda y custodia de los tres hijos, así como otras cuestiones que al no ser objeto del presente recurso, no se reproducen. Se dictaron medidas provisionales, en las que se acordó la guarda y custodia compartida de los hijos menores Ana M<sup>a</sup> del Pilar, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX por periodos semanales, pudiendo visitar a los menores el progenitor que no los tuviera bajo su guarda.

2º En la contestación a la demanda, el padre demandado D. XXXXXXXX alegó que debido a la profesión de ambos convivientes, se habían trasladado a vivir a Bruselas y que los respectivos domicilios estaban cercanos. Por ello pidió que se estableciera con carácter definitivo el sistema de custodia compartida que se había acordado con carácter cautelar en las medidas provisionales.

3º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº xx de Alicante, de xx 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 por periodos semanales. La sentencia se funda en argumentos de derecho comparado y en la conveniencia de los menores, debiendo tenerse en cuenta, además, que estas resoluciones no solo se acuerdan en los casos en que haya voluntad conjunta de los padres, sino en casos contenciosos, para favorecer la necesaria relación del menor con cada uno de sus progenitores y todo ello en interés del menor.

4º D<sup>a</sup> XXXXXXXX apeló la sentencia de 1ª Instancia. La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección x<sup>a</sup>, de xx 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. Los razonamientos utilizados se reproducen a continuación. "*[...]no procede en el caso presente, acceder o tener por conveniente el sistema de custodia compartida al que se llega en la sentencia, y no lo es porque si bien en el momento de presentación de la demanda existían unas circunstancias que podrían favorecer su establecimiento, no existieron en el transcurso del pleito, y tampoco ahora en la fecha actual. La actora [...] expuso que su domicilio familiar podía serlo el de Alicante [...], donde permanecería con sus hijos menores, y sin embargo con posterioridad, y así se desprende del auto dictado en las medidas provisionales, en 9 de junio de 2005 , en el mismo se indica que la pareja se trasladaría en julio a Bruselas, por razón de incorporarse al trabajo la madre, siendo*

"Sentencia de la Sala primera del tribunal Supremo dictada en recurso e interés casacional en la que se establecen los requisitos para la fijación de la guarda y custodia compartida de hijos e hijas menores de edad"

*que en la actualidad ambos deben residir en la citada localidad, y que incluso, como así se desprende del escrito de interposición del recurso, se desconoce el domicilio de ambos, la proximidad entre ellos, etc. lo que hace sumamente dificultoso el tener un desarrollo armónico de aquel sistema, y en el que las funciones de custodia sobre los hijos menores, y por las edades con que cuentan, no iban a serlo con la permanencia de estos en un domicilio estable, sino alternando su estancia en el domicilio del padre o de la madre por periodos semanales. Precisamente no es esto lo que puede proteger mejor el interés de los menores, como dice el artículo 92 CC , sino todo lo contrario, no dándose, a falta de acuerdo de los progenitores, las circunstancias idóneas para que el juez pueda acordar dicha custodia compartida aun a pesar del criterio contrario de la madre".*

5º Recurre el padre D. XXXXXXXX , interponiendo recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Ambos fueron admitidos por esta Sala en auto de xx febrero 2008 . El Fiscal recurrió, desistiendo posteriormente. Figuran las alegaciones de la parte recurrida y las del Ministerio Fiscal

**SEGUNDO.** Antes de entrar a examinar los concretos motivos de los recursos presentados, debemos solucionar la petición del recurrente de que se admita una prueba documental aportada en esta instancia, consistente en un documento en el que se certifica por parte de un agente judicial la distancia en tiempo entre los domicilios de los dos progenitores en Bruselas. La parte recurrida no se ha pronunciado sobre la cuestión.

La Sala ha acordado admitir dicha prueba.

**TERCERO.** Para la correcta argumentación de esta sentencia, se va a examinar previamente el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal. Este motivo denuncia la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por defecto en la forma de motivarla y, por tanto, vulneración del artículo 21xx.2 LECiv . En ningún momento explicita la resolución recurrida qué circunstancias existieron en la presentación de la demanda, que luego dejan de concurrir y motivan el cambio del sistema de custodia. El cambio de domicilio no puede constituir esta alteración, porque es una cuestión conocida durante todo el procedimiento y tenida en cuenta en la 1ª Instancia para establecer el sistema de guarda y custodia compartida y no puede ser admisible una limitación de la libre circulación de personas en el territorio de la UE. La única



"Sentencia de la Sala primera del tribunal Supremo dictada en recurso e interés casacional en la que se establecen los requisitos para la fijación de la guarda y custodia compartida de hijos e hijas menores de edad"

razón es el desconocimiento del domicilio, que ya se ha demostrado que es falso. Insiste en que no es posible conocer los motivos que han fundado la decisión, porque la alusión al cambio de circunstancias y de domicilio y la utilización de la partícula *etc.* no satisface el requisito de la motivación.

El motivo se estima.

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 x9/199xx, 39/1997, xx9/1992 , 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, 2x julio 2002 y 1xx noviembre 2003 , entre muchas otras).

La obligación de motivación de las sentencias está recogida en el Art. 21xx 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

"Sentencia de la Sala primera del tribunal Supremo dictada en recurso e interés casacional en la que se establecen los requisitos para la fijación de la guarda y custodia compartida de hijos e hijas menores de edad"

procesal, tal como aparece en el Art. 4x9.1, 2º LEC , y su concurrencia da lugar a la nulidad, con reposición de actuaciones (Art. 47x.2,4 LEC ).

**CUARTO.** Sobre las premisas antes expuestas, procede ahora examinar si concurre en la sentencia recurrida el defecto de motivación puesta de relieve por la parte recurrente.

La sentencia recurrida, después de alegar otra de la misma Sala de la Audiencia Provincial en la que se exponen una serie de criterios para "una exitosa guarda compartida" (sic), dice lo que se resume para justificar la revocación y negar la guarda y custodia compartida: a) que las circunstancias existentes al inicio del pleito para acordarla habían desaparecido, sin especificar más; b) que aun cuando los miembros de la pareja se habían trasladado a Bruselas por razones laborales, su domicilio resulta desconocido; c) se desconoce asimismo la proximidad de los domicilios y, d) finalmente, que todo ello *"hace sumamente dificultoso el tener un desarrollo armónico de aquel sistema, y en el que las funciones de custodia sobre los hijos menores, y por las edades con que cuentan, no iban a serlo con la permanencia de estos en un domicilio estable, sino alternando su estancia en el domicilio del padre o de la madre por periodos semanales"*.

Esta argumentación 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 el cambio de las circunstancias no resulta justificado, no se dice cuáles son ni en qué pueden afectar al interés de los menores; b) porque el domicilio de los progenitores no es desconocido, y c) finalmente, pero no de menor importancia, porque la guarda y custodia compartida se funda básicamente en la no estabilidad del domicilio de los hijos, como se va a argumentar a continuación, por lo que no es razón fundamental ni decisiva para negar que concurra el interés del menor su no permanencia en un domicilio estable.

**QUINTO.** Es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en *interés del menor* , después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican.

"Sentencia de la Sala primera del tribunal Supremo dictada en recurso e interés casacional en la que se establecen los requisitos para la fijación de la guarda y custodia compartida de hijos e hijas menores de edad"

Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los Arts. 7x.1,b y 139 del Código de Familia de Catalunya).

A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (Art.373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002 ) o en la *Children Act 19xx9 inglesa* , 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. Otros sistemas, como los *American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution* ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. 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.

La sentencia recurrida hace alusión a una lista de criterios que la propia Sala había utilizado en una sentencia anterior, pero que no usó en la sentencia recurrida para revocar la de 1ª Instancia que sí acordó la guarda y custodia compartida. Por tanto, al no basar la argumentación en ningún

"Sentencia de la Sala primera del tribunal Supremo dictada en recurso e interés casacional en la que se establecen los requisitos para la fijación de la guarda y custodia compartida de hijos e hijas menores de edad"

criterio fiable, ni los propios, ni los que a título de ejemplo se han especificado en el párrafo anterior, debe concluirse que falta motivación, por lo que procede la anulación de la sentencia.

**SEXTO.** La estimación del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal exime a esta Sala de entrar a examinar los otros dos motivos.

**SÉPTIMO.** Al haberse estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, no procede entrar a examinar el recurso de casación.

**OCTAVO.** De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 47x, 2, 4 LEC , al regular los efectos de la admisión de los recursos extraordinarios por infracción procesal, "la Sala anulará la resolución recurrida y ordenará que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiese incurrido en la infracción o vulneración"

En consecuencia, procede anular la sentencia impugnada y reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia para que vuelva a dictarse ésta en la que la Sala de apelación, con arreglo a los hechos que considere probados, se pronuncie sobre las pretensiones esgrimidas por los progenitores en el litigio sobre guarda y custodia compartida en el recurso presentado por D<sup>a</sup> XXXXXXXX .

**NOVENO.** Las costas causadas por el recurso de casación y por el recurso extraordinario por infracción procesal no deben imponerse especialmente a ninguna de las partes (art. 39xx.2 LEC de 2000 ).

**DÉCIMO.** El resultado final de los dos recursos determina que no haya lugar a pronunciarse sobre las costas de las instancias, que quedan a expensas de lo que decida la nueva sentencia de apelación.

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

**FALLAMOS**

"Sentencia de la Sala primera del tribunal Supremo dictada en recurso e interés casacional en la que se establecen los requisitos para la fijación de la guarda y custodia compartida de hijos e hijas menores de edad"

1º Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. XXXXXXXX contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección xª, de xx 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. XXXXXXXX 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.

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 .- **Juan Antonio Xiol Rios** .- **Jose Antonio Seijas Quintana** .- **Encarnacion Roca Trias**.- Rubricado.