

Roj: STS 4233/2014  
Id Cendoj: 28079110012014100524  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1229/2013  
Nº de Resolución: 413/2014  
Procedimiento: Casación  
Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS  
Tipo de Resolución: Sentencia

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinte de Octubre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 532/2012 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Orense, dimanante de autos de juicio verbal para modificación de medidas definitivas núm. 294/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Orense, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña María del Carmen Silva Montero, en nombre y representación de don Rodolfo, compareciendo en esta alzada, en su nombre y representación, la procuradora doña María Belén San Román López en calidad de recurrente y el procurador don Álvaro Arana Moro en nombre y representación de doña Bibiana en calidad de recurrido y con la intervención del Ministerio Fiscal.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- 1.-** La procuradora doña María del Carmen Silva Montero, en nombre y representación de don Rodolfo, interpuso demanda de juicio para modificación de medidas definitivas, en su día acordadas en divorcio de mutuo acuerdo, contra Bibiana y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia <<aprobando la modificación de medidas consistente en el establecimiento de una custodia compartida en cualquiera de las modalidades que se contienen en el presente escrito o la que en su día pueda ser establecida por el Juzgador>>. Y en primer otrosi solicita la intervención del Ministerio Fiscal al existir dos hijos menores de edad.

**2.-** El fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes solicitando una sentencia <<por la que se declare la improcedencia de la pretensión ejercida si en el curso de la sustanciación del procedimiento no se prueba lo alegado en la demanda>>.

**3.-** El procurador don Camilo Enríquez Naharro, en nombre y representación de Bibiana, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que <<se declare que no ha lugar al establecimiento de una custodia compartida>>.

**4.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Orense, se dictó sentencia con fecha 6 de junio de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO.-**

*Estimo la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Silva, en nombre y representación de D. Rodolfo frente a Dña. Bibiana y modifico la sentencia de divorcio de 7/06/12 del procedimiento DMA 552/10 en el siguiente sentido:*

*1. Se atribuye la guardia y custodia de los menores Cesar y Tarsila de forma compartida a ambos progenitores, distribuyéndose del siguiente modo: por semanas alternas, DE VIERNES A VIERNES realizándose el intercambio en el propio colegio, de forma que uno de los progenitores lo dejará por la mañana y el otro lo recogerá ya para comer.*

*Se establecen visitas los miércoles por quién no ejerza la custodia que podrá estar con los menores el miércoles, recogiénolos en el colegio y devolviéndolos al domicilio de quién ejerza la custodia a las 20:00 horas. En cuanto a las vacaciones escolares, deben mantenerse las establecidas en la sentencia de divorcio.*

*2. Ambos progenitores, en concepto de gastos necesarios para sus hijos, deberán abrir una cuenta corriente a nombre de los menores y a su nombre en la que mensualmente ingresarán la cantidad de 150 euros cada uno de ellos, y cuenta de la que se retirarán los gastos del colegio (libros, material escolar, chándal), las actividades extraescolares en las que estén de acuerdo, los gastos extraordinarios necesarios (médicos o farmacéuticos no cubiertos por la seguridad social) y aquellos otros gastos extraordinarios en los que estén de acuerdo.*

*No se imponen las costas del presente procedimiento a ninguna de las partes.*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Orense dictó sentencia, con fecha 27 de marzo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

**FALLO**.- *Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Bibiana contra la sentencia, de fecha 6 de junio de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de Ourense , en autos de Modificación de Medidas de Divorcio nº 294/12, Rollo de Sala nº 532/12, cuya resolución se revoca y, en su virtud, se desestima la demanda formulada por la representación procesal de D. Rodolfo , absolviendo a la demandada de las pretensiones contra ella deducidas, sin imponer las costas del proceso a ninguno de los litigantes.*

**TERCERO** .- **1.-** La representación procesal de don Rodolfo interpuso recurso de casación en base al siguiente:

Motivo único.- Aplicación indebida del art. 92 CC en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor y el artículo 39 de la CE , al oponerse la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ourense a la doctrina del TS que consagra el interés del menor como principio básico que debe determinar la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 26 de noviembre de 2013 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

**2.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Álvaro Arana Moro, en nombre y representación de doña Bibiana , presentó escrito de oposición al mismo mientras que el Ministerio Fiscal se adhirió al recurso.

**3.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 2 de julio del 2014, en que tuvo lugar.

**4.-** En dicho acto y de oficio, en base al art. 92.6 del Código Civil y al art. 9 de la Ley de Protección del Menor , se acordó oír por término de cinco días a recurrente y recurrida y al Ministerio Fiscal respecto a las alegaciones de la parte recurrida D.<sup>a</sup> Bibiana de la custodia compartida adoptada por el juzgado sin audiencia de menores.

**5.-** Practicadas las diligencias acordadas con el resultado de las mismas obrante en autos, se dio cuenta al Magistrado Ponente.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO** .- Ha quedado acreditado y no contradicho en los autos que actor y demandada contrajeron matrimonio el 23 de mayo de 1998, teniendo en común dos hijos, Cesar (nacido el NUM000 -1998) y Tarsila (nacida el NUM001 -2005).

Con fecha 7 de junio de 2010 se dictó sentencia de divorcio de común acuerdo, en la que se atribuye a la madre la guarda y custodia de los hijos, pudiendo el padre tenerlos consigo fines de semana alternos y dos tardes en semana, repartiéndose paritariamente los períodos vacacionales.

Tanto el padre como la madre han flexibilizado el régimen de visitas convenido, hasta el punto de que los menores "han estado tiempo parejo con el padre y con la madre no solo durante la vigencia del matrimonio

sino desde el momento en el que se separaron" (Fundamento de derecho segundo de la sentencia del Juzgado no contradicho por la sentencia de apelación).

Padre y madre viven a 1 km de distancia. La madre está en situación de desempleo pero con expectativas de un próximo trabajo en la empresa de su nueva pareja con la que ha tenido una hija y con la que ha adquirido una vivienda. El padre tiene una jornada laboral como bombero de 24 horas de guardia y dos días de descanso. Ambos tienen apoyo de familiares.

No han existido desavenencias entre padre y madre, en orden al régimen de visitas, que se amplió "de facto".

El juzgado estimó la demanda de modificación de medidas, acordando el sistema de custodia compartida.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, desestimando la demanda de modificación de medidas, y manteniendo, por tanto, el régimen de custodia a favor de la madre.

**SEGUNDO** .- *Motivo único. Aplicación indebida del art. 92 CC en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor y el artículo 39 de la CE, al oponerse la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ourense a la doctrina del TS que consagra el interés del menor como principio básico que debe determinar la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores.*

Alega el recurrente que habían cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta al momento de la aprobación del convenio regulador, al haberse flexibilizado el régimen de visitas.

La recurrida se opuso a la estimación del recurso de casación, alegando:

1. Que no se habían cambiado las circunstancias.
2. Que no se había emitido informe psicosocial y que no se había oído a los menores.

3. Subsidiariamente, en el supuesto de casarse la sentencia entendía que la contribución a los alimentos de los hijos habrán de ajustarse a la realidad de los ingresos de los progenitores, alegando que ella percibía una ayuda familiar de 400 euros mensuales y el padre recibe unos emolumentos de 2.000 euros mensuales.

**TERCERO** .- Esta Sala no puede considerar un óbice para resolver el recurso, el hecho de que no se hubiese emitido informe psicosocial, pues siendo conveniente, no se constituye en requisito imprescindible en el art. 92.6 y 9 del C. Civil .

Con respecto a la falta de audiencia de los menores alegada por la madre, debemos hacer constar que ella no la solicitó en la instancia, siendo el padre el único que propuso la **exploración**, a la que en el acto del juicio renunció.

Por la Sala, tras la deliberación, se dictó providencia a los efectos de oír a las partes sobre la ausencia de audiencia a los menores, al ser cuestión apreciable de oficio, de acuerdo con el art. 92.6 C. Civil y art. 9 de la Ley de Protección del Menor .

Por la recurrida se alegó que no se entiende la posibilidad de adoptar un sistema de custodia compartida, sin oír a los menores.

Por el Ministerio Fiscal se expuso la contradicción existente entre la Ley Orgánica de Protección del Menor, el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 770.1.4ª y 777.5) y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (sentencia de 17 de enero de 2012).

**CUARTO** .- El art. 92.6 del C. Civil regula la audiencia de los menores por el juez, cuando tengan suficiente juicio y el juez lo estime necesario.

El art. 770.1.4ª de la LEC establece que "se les oirá, si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de 12 años".

Sin embargo, el art. 777.5 LEC tiene una redacción similar a la del Código Civil, es decir, amplía las facultades del juez para oír o no al menor.

El art. 9 de la Ley de Protección del Menor establece:

**Artículo 9. Derecho a ser oído.**

"1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o **judicial** en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos **judiciales**, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos " .

Establece el Convenio sobre los Derechos del Niño:

**Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990. (BOE 31 de diciembre de 1990).**

#### Artículo 12.

"1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento **judicial** o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional " .

Establece la Carta Europea de Derechos Fundamentales:

#### Carta Europea de Derechos Fundamentales.

#### Artículo 24.

" Derechos del menor.

1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.

2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades políticas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial " .

**QUINTO** .- La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos **judiciales** en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005 .

Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada.

**SEXTO** .- En función de lo expuesto procede acordar la nulidad de oficio de la sentencia recurrida ( art. 238 LOPJ ), retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a los mismos de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad.

**SÉPTIMO** .- No procede imposición de costas.

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

**FALLAMOS**



Procede acordar la nulidad de oficio de la sentencia recurrida de 27 de marzo de 2013 de la Sección primera de la Audiencia Provincial de Orense , retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a los mismos de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ