



Roj: **STS 356/2022 - ECLI:ES:TS:2022:356**

Id Cendoj: **28079110012022100079**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/02/2022**

Nº de Recurso: **1489/2021**

Nº de Resolución: **87/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MU 2308/2020,**  
**STS 356/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 87/2022**

Fecha de sentencia: 02/02/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1489/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/01/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MURCIA. SECCION 5ª ( DIRECCION000 )

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: Emgg

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1489/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 87/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 2 de febrero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Dña. Florencia , representada por el procurador D. José Luis Barragués Fernández y bajo la dirección letrada de D. José Antonio Rodríguez Rodríguez, contra la sentencia n.º 191/2020 dictada con fecha 10 de noviembre de 2020 por la sección de DIRECCION000 de la Audiencia Provincial de Murcia, (Sección 5.ª), en el recurso de apelación núm. 128/2020, dimanante de los autos de modificación de medidas n.º 1536/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de DIRECCION000 .

Ha sido parte recurrida, D. Norberto , representado por el procurador D. Fernando Espinosa Gahete, bajo la dirección letrada de Dña. María del Rosario Rivas Nadal.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El procurador don Fernando Espinosa Gahete, en nombre y representación de don Norberto , presentó una demanda de modificación de medidas de la sentencia n.º 67/2009, de fecha 11/02/2009, dictada en los autos de guarda y **custodia** no matrimonial n.º 1260/2008, y modificada por la sentencia de modificación de medidas n.º 703/2011 de 13/12/2011, dictada en el procedimiento de modificación de medidas n.º 1487/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de DIRECCION000 , contra doña Florencia .

Alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado que se dictara sentencia declarando:

"[...] 1. Se conceda la guarda y **custodia** de la menor al padre, siendo la patria potestad **compartida** por ambos progenitores, fijándose a favor de la madre el régimen de visitas que tiene el padre en la actualidad, fijándose una pensión de alimentos a favor de la menor, y a cargo de la madre, dado que sus ingresos son el doble que los del padre, de 300,00 euros mensuales, siendo los gastos extraordinarios compartidos por mitad entre los progenitores.

" 2. Subsidiariamente se fije la guarda y **custodia compartida** por periodos semanales, fijándose una pensión de alimentos a favor de la menor, y a cargo de la madre, dado que sus ingresos son el doble que los del padre, de 200,00 euros mensuales, siendo los gastos extraordinarios compartidos por mitad entre los progenitores.

"3. Subsidiariamente, y para el caso que fueran desestimadas las anteriores peticiones, se fijara un régimen de visitas más amplio para el padre, consistente en dos tardes en semana (martes y jueves) con pernocta con el padre, y fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada al mismo. Así como la mitad de todas las vacaciones escolares, siendo las de verano repartidas por quincenas.

" 4. Sea reducida en este caso la pensión de alimentos a cargo del padre, a la cantidad de 150,00 euros mensuales, siendo los gastos extraordinarios sufragados por mitad entre los progenitores, pero los extraordinarios en sentido estricto.

" 5. En todo caso, se acuerde que se someta a la niña a tratamiento psicológico, dada la influencia negativa llevada a cabo por la madre, respecto de la figura del padre, siendo tratada por una profesional que designen los padres de mutuo acuerdo, y en su defecto, sea nombrado por la autoridad judicial, de entre los peritos especialistas adscritos al Juzgado, y sea sometidos en su caso los progenitores y la menor a terapia familiar por el bien de la menor".

**SEGUNDO.** Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de DIRECCION000 , se registró como autos de modificación de medidas supuesto contencioso n.º 1536/2016. Una vez fue admitida a trámite se dio traslado a la parte demandada y al Ministerio Fiscal, quienes comparecieron y contestaron a la demanda dentro de plazo, oponiéndose doña Florencia a la modificación de tales medidas y solicitando su desestimación en todos sus extremos. El Ministerio Fiscal solicitó que se dictara sentencia con arreglo al resultado que ofrecieran las pruebas practicadas. Observadas todas las prescripciones legales, el juez de refuerzo del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de DIRECCION000 , dictó sentencia de fecha 11 de diciembre de 2019, con la siguiente parte dispositiva:

"DISPONGO: Por todo lo expuesto, he decidido estimar en su totalidad la demanda interpuesta por procurador de los tribunales, don Fernando Espinosa Gahete en representación de don Norberto , frente a doña Florencia , representada por el procurador de los tribunales don Francisco Antonio Bernal Segado, acordando lo siguiente:



" La guardia y **custodia compartida** de la menor, por semanas alternas y con cambio los viernes a la salida del Centro Escolar. La Patria Potestad será **compartida** por ambos progenitores.

"Se acuerda la propuesta realizada por la Psicóloga Forense, en concreto que durante el tiempo de 6 meses, la menor durante el periodo semanal que este en compañía de su progenitor no deberá tener contacto de ningún tipo con sus progenitores, hasta que se vaya regularizando el trato entre los progenitores.

"Vacaciones por mitad:

"-Verano, meses de Julio y Agosto, los años pares comenzara la madre y los impares el padre.

"- Semana Santa, desde el comienzo de las vacaciones hasta el Jueves Santo a las 10 de la mañana y desde el Jueves Santo a las 10 de la mañana hasta el comienzo del curso escolar. - Navidades, desde las vacaciones escolares hasta el día 30 a las 10 de la mañana y desde el día 30 a las 10 de la mañana hasta el comienzo de las clases escolares. Día de Reyes, el progenitor no custodio podrá estar con la menor desde las 12 hasta las 17 horas. El día de la madre la menor lo pasara con la madre y el día del padre la menor lo pasara con el padre, si en ese periodo los progenitores no fuesen custodios de la menor.

" d) Que se establezca una pensión de alimentos de 200€ mensuales a favor del padre por desigualdad económica entre uno y otro progenitor, que deberá ser abonada por D<sup>a</sup> Florencia , en la cuenta que D. Norberto designe. La referida cantidad será revisada anualmente en función de los índices del IPC determinado por el Organismo competente de la Región de Murcia, en Diciembre de 2020.

"e) La menor deberá ser sometida a terapia, dentro de los tres días siguientes de la firmeza de esta resolución.

" f) Los progenitores de la menor, deberán abrir una cuenta corriente mancomunada, debiendo ingresar cada uno de ellos la cantidad de 75€ mensuales, para atender los gastos que se susciten de la hija menor común de ambos.

" COSTAS. Se imponen las costas de esta alzada a la demandada Doña Florencia ."

La sentencia fue aclarada por auto de fecha 30.12.2019, en el siguiente sentido:

"ACUERDO : Estimar la petición formulada por la representación procesal del ejecutante de aclarar la sentencia con nº 647/19, dictada en el presente procedimiento, en el sentido que se indica:

" En el antecedente de hecho tercero párrafo tercero último renglón el nombre de la forense debe ser D<sup>a</sup> Victoria .

" En el fundamento de derecho segundo párrafo renglón segundo cuando se cita a la psicólogo debe decir María Luisa .

" En el fundamento de derecho segundo párrafo tercero, renglón segundo el nombre de la psicóloga debe ser D<sup>a</sup> Victoria .

" En el fundamento de derecho segundo, último párrafo, renglón segundo donde consta SEGUNDO, debe poner TERCERO

" En el fundamento de derecho segundo, último párrafo, renglón segundo donde dice artículo 94 debe decir artículo 394

" En cuanto al régimen de vacaciones se aclara que para todos los periodos vacacionales se establece que: "los años pares corresponderá a la madre los primeros periodos y al padre los segundos y los años impares corresponderá al padre los primeros periodos y a la madre los segundos".

**TERCERO.** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada, doña Florencia , recurso al que se opuso el demandante, don Norberto y también el Ministerio Fiscal.

Se remitieron las actuaciones a la Sección de DIRECCION000 de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5<sup>a</sup>), que lo tramitó con el n.º de rollo 128/2020 y dictó sentencia n.º 191/2020 de fecha 10 de noviembre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS:

" Que ESTIMANDO EN PARTE el recurso de apelación formulada por D<sup>a</sup> Florencia , contra la sentencia del Juzgado de Primera instancia 6 de DIRECCION000 , debemos revocar y revocamos en parte la misma, en lo que se refiere a suprimir del fallo, la obligación por parte del Sr. Norberto de pago de pensión, y de la obligación del establecimiento de una cuenta común mancomunada así como que cada parte pagara las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, manteniendo en todo lo demás la sentencia apelada. No procede hacer expresa condena en costas en esta instancia".



**CUARTO.** La representación procesal de Florencia , interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional contra la sentencia.

1. Invoca dos motivos para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, que encabeza así:

"[...] Motivo primero .- Al amparo de lo establecido en el art. 469.1.3º y 2 de la LEC., en relación con la Disposición final 16ª de la misma Ley, por la infracción de los arts. 206.1.2ª y 208.2 de LEC., en relación con los arts. 247 y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ.), por la absoluta falta de motivación de la resolución oral dictada por el Juez de Primera instancia en el acto de juicio, por la que se desestimó el recurso de reposición ejercitado por esta parte frente a la inadmisión de la prueba propuesta en dicho acto, consistente en la exploración de la hija menor de actor y demandada, sobre cuya guarda y **custodia** se había de pronunciar.

" Motivo segundo .- Al amparo de lo establecido en el art. 469.1.4º y 2 de la LEC., en relación con la Disposición final 16ª de la misma Ley, por vulneración, en las dos instancias precedentes, del derecho fundamental de la Sra. Florencia a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, reconocido en el art. 24.2 de la Constitución, en lo relativo a la inadmisión en las dos instancias de la exploración de la hija menor de edad de actor y demandada".

2. El recurso de casación se interpone fundamentado en tres motivos que introduce con los siguientes encabezamientos:

"[...] Motivo primero: Al amparo de lo establecido en el artículo 477.2.3º de la LEC, denunciando la infracción del principio de protección del interés del menor y la no aplicación o aplicación incorrecta del artículo 92, apartados 2, 6 y 9 del Código Civil; y 3.1 y 12.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1989; el art. 39 de la CE; y los arts. 2 y 11.2.a de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y oposición a la doctrina del Tribunal Supremo, contenida, entre otras, en las Sentencias núms. 157/2017, de 3 de marzo, y 648/2020, de 30 de noviembre.

" Motivo segundo.- Al amparo de lo establecido en el artículo 477.2.3º de la LEC denunciando la infracción del principio de protección del interés del menor, y la no aplicación o aplicación incorrecta del artículo 90.3 del Código Civil, y oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los requisitos para la modificación de medidas definitivas, contenida, entre otras, en las Sentencias núms. 346/2016, de 24 de mayo, y 648/2020, de 30 de noviembre.

" Motivo tercero.- Al amparo de lo establecido en el artículo 477.2. 3º de la LEC denunciando la infracción del principio de protección del interés del menor, y la no aplicación o aplicación incorrecta del artículo 92, apartados 6 y 8 del Código Civil, pues no se ha tenido en cuenta la mala relación y falta de dialogo entre los progenitores lo que hace que difícilmente el sistema de **custodia compartida** proteja adecuadamente el interés superior de los menores y por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en la Sentencia núm. 154/2012, de 9 de marzo, y las referidas en ella".

**QUINTO.** Recibidas las actuaciones en esta sala, por auto de fecha 15 de septiembre de 2021 se acordó admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el de casación interpuestos, confiriéndose traslado del citado auto de admisión a la parte recurrida que se opone tanto al recurso extraordinario por infracción procesal como al recurso de casación. El Ministerio Fiscal en base a las argumentaciones que expone considera que deben ser estimados los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos.

**SEXTO.** Por providencia de fecha 13 de diciembre de 2021 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista pública, señalándose para votación y fallo el 26 de enero de 2022, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. D. Norberto interpuso una demanda de modificación de medidas contra D.ª Florencia en la que solicitó, por lo que ahora interesa, la guardia y **custodia** exclusiva de la menor nacida de su relación con la demandada y, subsidiariamente, la guardia y **custodia compartida**.

2. La demandada se opuso a la demanda y solicitó su desestimación, con imposición de costas al demandante. Interesando el fiscal, por su parte, que se dictará sentencia con arreglo al resultado que ofrecieran las pruebas.

3. El juzgado estimó la pretensión subsidiaria y acordó la guardia y **custodia compartida** de la menor por semanas alternas y con cambio los viernes a la salida del centro escolar. Consideró debidamente acreditado



que la demandada "[h]a realizado continuamente "INJERENCIAS" en las relaciones paterno filiales (sic) a su hija y en contra del actor". Y entendió que ello resultaba "[s]uficiente para estimar la demanda en su totalidad".

4. La demandada interpuso recurso de apelación que, en lo referido al pronunciamiento acordando la guarda y **custodia compartida**, no prosperó.

La Audiencia, en primer lugar, rechazó la nulidad solicitada por la demandante-apelante por haberse denegado la petición de exploración de la menor y desestimado, sin motivación, el recurso de reposición que había interpuesto por ello. Entendió que esta alegación no merecía ser acogida:

"[p]or cuanto la exploración establecida en el art. 770.4 de la LEC, señala la obligatoriedad de oír al menor si este ha alcanzado los 12 años, lo que no ocurre en el presente caso en que solo tenía 11 años y se justifica la no exploración por haber sido ya escuchada por varios psicólogos y trabajadora social, donde pudo expresar libremente su opinión y conocerla el juzgador. Siendo que la sentencia, aunque parca en motivación, por las referencias que hace la misma al informe psicológico pericial realizado por la psicóloga forense, y hacerlo suyo el juzgador, se debe considerar integrado en la sentencia".

A continuación, dijo, refiriéndose a "[l]a prueba a practicar en esta instancia" (la demandante-apelante había interesado la exploración de la menor que ya había propuesto y se le había denegado en la primera instancia), que:

"[y]a se resolvió previamente mediante auto denegando la prueba".

Por último, señaló:

"[E]n cuanto al fondo del asunto, se alega en el recurso error en la valoración de la prueba, ya que la sentencia de instancia desechó el informe de la psicóloga Sra. María Luisa, por no haber tenido contacto con la menor, cuando aprecia el informe de la perito Sra. Elvira aportado por la actora cuando únicamente se entrevistó con el demandante. Sin embargo, en realidad el informe en el que se basa la sentencia apelada no es ninguno de los dos, sino la pericial psicológica realizada por la psicóloga forense titulada del Ministerio de Justicia, D<sup>a</sup> Victoria, precisamente por no tratarse de un informe de parte, y donde se aprecia las circunstancias favorables a dicha **custodia compartida**. Hay que tener en cuenta que la sentencia de 11/02/2009, dictada por el mismo Juzgado en autos 1260/2008, recogía el acuerdo de las partes de que al cumplir la menor tres años, se establecería un régimen de guarda y **custodia compartida**. Posteriormente por sentencia de 13/12/2011 del mismo Juzgado sobre modificación de medidas, autos 1487/2010, se considera que se debe de modificar el acuerdo de **custodia compartida** a partir de los tres años, por los diversos incidentes por denuncias de la madre por incumplimiento del régimen de guarda y **custodia**. Sentencia que fue confirmada por esta Audiencia en Sentencia de 22/11/2012, en el rollo 481/2012, con base en que no procede a la **custodia compartida** si uno de los padres está incurso en proceso penal, como lo estaba el denunciante, por amenazas. Y a mayor abundamiento porque el deterioro en la relación de los padres no aconsejaba la misma. Ahora bien, en la actualidad, y si se mira el informe de la trabajadora social del Instituto de medicina legal, se señala que las circunstancias actuales, en que ya no existe ninguna contienda entre los padres y que el Sr. Norberto ha superado sus problemas de salud, habiendo superado la leucemia que le impidió cumplir con el régimen de visitas, y que tiene una situación estable, ya jubilado por incapacidad, viviendo con una nueva pareja, con la que no tiene hijos en común, habiendo manifestado dicha pareja que tiene una muy buena relación con la hija de su pareja, lo cual resulta importante desde el momento en que la hija ha de pasar más temporadas en el domicilio del padre. Ello constituye una situación de modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en la sentencia de modificación de medidas, por la existencia de un procedimiento penal por amenazas contra el padre por parte de la madre, ya sobreseído, y la conveniencia de volver al sistema acordado por ambos de mutuo acuerdo en el momento de la fijación de la **custodia compartida** a partir de los 3 años de edad, siendo esta la norma general recogida en el código civil y que en definitiva, está justificada en la conveniencia para el interés del menor la relación fluida e igualitaria con ambos progenitores".

5. La demandada-apelante ha interpuesto recurso de casación por interés casacional con fundamento en tres motivos, así como recurso extraordinario por infracción procesal con fundamento en dos motivos. Todos los motivos de ambos recursos han sido admitidos.

**SEGUNDO.** *Motivos del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación. Alegaciones del recurrido y de la fiscal. Decisión de la sala*

*Motivos del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación*

1. El recurso extraordinario por infracción procesal plantea dos motivos: (i) en el primero, se denuncia "[l]a infracción de los arts. 206.1.2<sup>a</sup> y 208.2 de LEC., en relación con los arts. 247 y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ.), por la absoluta falta de motivación de la resolución oral dictada por el Juez de



Primera instancia en el acto de juicio, por la que se desestimó el recurso de reposición ejercitado por esta parte frente a la inadmisión de la prueba propuesta en dicho acto, consistente en la exploración de la hija menor de actor y demandada, sobre cuya guarda y **custodia** se había de pronunciar"; (ii) y en el motivo segundo, se alega la "[v]ulneración, en las dos instancias precedentes, del derecho fundamental de la Sra. Florencia a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, reconocido en el art. 24.2 de la Constitución, en lo relativo a la inadmisión en las dos instancias de la exploración de la hija menor de edad de actor y demandada".

La recurrente sostiene que: "[L]a audiencia a la menor -en una y otra instancia-, cuando se ha de resolver sobre su guarda y **custodia**, contando con 11 años y 11 meses de edad, en el primer caso y al tiempo de celebrarse el acto de juicio, y con los 12 años ya cumplidos, en el segundo, se presenta como pertinente, útil y necesaria, de tal forma que su falta de práctica genera efectiva indefensión a mi representada e, incluso, a la propia menor afectada".

2. El recurso de casación plantea tres motivos:

2.1 En el motivo primero, se denuncia "[l]a infracción del principio de protección del interés del menor y la no aplicación o aplicación incorrecta del artículo 92, apartados 2, 6 y 9 del Código Civil; y 3.1 y 12.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1989; el art. 39 de la CE; y los arts. 2 y 11.2.a de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y oposición a la doctrina del Tribunal Supremo, contenida, entre otras, en las Sentencias núms. 157/2017, de 3 de marzo, y 648/2020, de 30 de noviembre".

La recurrente dice: "[P]or la vía procesal del recurso de casación vuelve a plantear esta parte su queja por la negativa reiterada en las instancias precedentes a que el órgano judicial oiga a la menor afectada por las determinaciones adoptadas en relación con el ejercicio de la guarda y **custodia** respecto de la misma, y se hace así en atención a lo resuelto por el propio Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 30/11/2020, núm. 648/2020, en la que expresamente se estima el motivo de recurso de casación articulado en la forma antes anunciada, anulando la sentencia recurrida, con devolución de los autos a la Audiencia Provincial para que, previa exploración de los menores, dicte sin demora la sentencia que con arreglo a derecho".

2.2 En el motivo segundo, se alega "[l]a infracción del principio de protección del interés del menor, y la no aplicación o aplicación incorrecta del artículo 90.3 del Código Civil, y oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los requisitos para la modificación de medidas definitivas, contenida, entre otras, en las Sentencias núms. 346/2016, de 24 de mayo, y 648/2020, de 30 de noviembre".

La recurrente dice: "[n]o existe cambio cierto que afecte a aquellos extremos que determinaron en su día el rechazo judicial a la **custodia compartida**, que fijada ahora lo ha sido como "castigo a la madre" y para dar satisfacción a otros intereses del progenitor no custodio, como verse descargado de la obligación de pago de la pensión de alimentos, pero sin que en ningún caso se haya considerado la influencia que el cambio de régimen iba a tener a todos los niveles en la menor afectada".

2.3 Y en el motivo tercero, se aduce "[l]a infracción del principio de protección del interés del menor, y la no aplicación o aplicación incorrecta del artículo 92, apartados 6 y 8 del Código Civil, pues no se ha tenido en cuenta la mala relación y falta de diálogo entre los progenitores lo que hace que difícilmente el sistema de **custodia compartida** proteja adecuadamente el interés superior de los menores y por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo 25 contenida, entre otras, en la Sentencia núm. 154/2012, de 9 de marzo, y las referidas en ella".

La recurrente dice: "[n]i la Sentencia de primera instancia -porque se desentiende absolutamente del interés de la menor-, ni la ahora recurrida, hacen una adecuada ponderación, a partir de los hechos probados, de ese interés por mucho que se refiera de forma genérica al mismo, apartándose de la jurisprudencia expuesta".

*Alegaciones del recurrido y del fiscal*

3. El recurrido se opone tanto al recurso extraordinario por infracción procesal como al recurso de casación.

3.1 En relación con los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal dice: (i) sobre el primero, y respecto a la falta de motivación de la inadmisión de prueba en la primera y segunda instancia, que "[E]s obvio que ninguna indefensión se le produce por una inmotivación expresa, puesto que la necesaria para impugnar tal motivación demuestra sobradamente y fuera de toda duda razonable conocerla *in extenso*, puesto que a lo largo del proceso el Juzgado la ha puesto de manifiesto, existiendo pues una motivación *in aliunde* o por referencia o remisión"; y, también, que "[N]o se produjo indefensión alguna a la recurrente, pues aún tuvo la posibilidad de pedir la prueba en segunda instancia, y que llevó a cabo, y sobre la que resolvió el Tribunal Superior mediante Auto de fecha 14/09/2020, resolutorio de su recurso de reposición, con suficiente motivación al respecto en su Fundamento de Derecho Único: "Y en el presente caso no ha lugar a recibimiento



del juicio a prueba por cuanto en la Segunda Instancia se practicarán únicamente aquéllas que se consideran relevantes dado el carácter excepcional y limitado de su práctica en esta instancia, existiendo datos suficientes en el procedimiento sobre lo solicitado"; (ii) y sobre el segundo, que "[L]a menor, hija de los litigantes, no tenía aún los doce años de edad, y su madurez para expresar sus deseos, no eral (sic) tal, dadas las "ingerencias" (sic) en las relaciones paterno filiales de la madre respecto del padre, como se acreditó en el informe de la psicóloga forense del Ministerio de Justicia"; y, también, que "[L]a audiencia presencial en el acto del juicio no se ha de considerar un acto inexcusable, sino que se efectuará cuando el Juzgador/es lo estimen necesario, y en el caso que nos ocupa la menor de doce años, había sido oída a través de los diferentes equipos técnicos existentes al efecto en dos ocasiones".

3.2 En relación con los motivos del recurso de casación dice: (i) sobre el primero, que "[N]o hay [...] identidad entre las sentencias citadas como de contraste (diferencias en la edad de los menores) ni con la sentencia contrastada. Los informes periciales ratificados a presencia judicial con libertad para que las partes preguntaran y repreguntaran sobre ellos a los autores de los mismos que fundamentan la sentencia recurrida no se hayan presentes en las pretendidas sentencias de contraste"; (ii) sobre el segundo, que "[t]ratándose de una medida que afecta a un menor de edad, la interpretación de los presupuestos legales y requisitos jurisprudenciales necesarios para dar lugar a una modificación de la **custodia** debe flexibilizarse en atención al superior interés del menor. De esta forma, incluso únicamente, el mero transcurso del tiempo puede terminar siendo considerado como una alteración de circunstancias que justifique un posible cambio en el sistema de **custodia**; existiendo en este caso, todos los criterios citados en la sentencia a la que hemos hecho referencia la 251/2016, de 13 de abril"; (iii) y sobre el tercero, que "[l]a aparente relación de conflictividad, ha sido construida por la madre, interponiendo constantes denuncias contra el padre, de las que siempre ha sido absuelto".

4. El fiscal, por su parte, "apoya el recurso" y "considera que deben ser estimados los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos". Dice: (i) que "[D]ebe partirse de la edad que tiene la menor nacida en DIRECCION000 el día NUM000 de 2008, ( Sentencia de 11 de febrero de 2009), contando según la recurrente con 11 años y 11 meses al tiempo de la celebración del acto del juicio y los 12 ya cumplidos cuando se interpuso el recurso de apelación y se dictó sentencia (20 de noviembre de 2020)"; (ii) que "[C]omo quiera que el objeto de la causa, era un cambio en el régimen de guarda y **custodia** de un menor de 12 años, concurrían en principio los dos presupuestos para que su audiencia fuese preceptiva: se dilucidaba una cuestión que afectaba directamente a su esfera personal y concurría madurez (que se presume a partir de los doce años)"; (iii) que "[l]a sentencia recurrida no ha valorado el interés del menor al prescindir de su derecho de audiencia, que entendemos, debió de realizar la Audiencia Provincial necesariamente, al ser alegada en forma"; (iv) y que "[l]a sentencia recurrida infringe las normas procesales reguladoras de la sentencia y concretamente el artículo 218.2 LEC por falta de motivación, y por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en conexión con el derecho del menor de edad a ser oído en un procedimiento que incide directamente a su esfera personal, en la necesaria exploración de la menor para configurar y determinar "el interés de la menor", en relación a la variación del régimen de **custodia** que se pretendía y al que accede".

#### *Decisión de la sala*

5. En los supuestos en que los recursos de casación e infracción procesal presentados coinciden sustancialmente en las cuestiones que plantean, la sala ha optado por resolverlos conjuntamente, para evitar reiteraciones ( sentencias 453/2014, de 23 de septiembre, y 357/2021, de 24 de mayo).

En el presente caso, lo que está en el centro de los dos motivos del recurso extraordinario por infracción procesal y del motivo primero del recurso de casación es la cuestión relativa a la "audiencia", "exploración" o "derecho a ser oída" de la menor, por lo que, aplicando dicho criterio, dichos motivos se van a resolver conjuntamente.

Los motivos hay que analizarlos partiendo de los siguientes datos de hecho: (i) la menor, Florencia , nació en DIRECCION000 , el día NUM000 de 2008; (ii) en la primera instancia se solicitó su exploración en el acto de la vista, celebrada el 11 de diciembre de 2019, y el juez la denegó, rechazando, también, pero sin explicitar las razones, el recurso de reposición que se interpuso contra la decisión desestimatoria; luego dictó sentencia en la que sustituyó la guarda y **custodia** exclusiva que había sido atribuida a la madre por la guarda y **custodia compartida** que, subsidiariamente, había interesado su padre; (iii) reproducida la solicitud de exploración de la menor en la segunda instancia, la Audiencia volvió a denegarla, rechazando, también, el recurso de reposición que se interpuso por ello con el argumento de que tan solo procedía practicar en segunda instancia las pruebas relevantes, existiendo datos suficientes en el procedimiento en relación con la guarda y **custodia** de la menor.

Dice el art. 92 CC, por lo que ahora interesa:

"[...]



"2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la **custodia**, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

"[...]

"6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y **custodia**, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda

"[...]"

Y el art. 9 LOPJM dispone por su parte:

"1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

"En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

"2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

"Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

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

"3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración".

En la sentencia 577/2021, de 27 de julio, declaramos:

"[D]ice la STC 64/2019, de 9 de mayo:

""[el] derecho del menor de edad a ser 'oído y escuchado', entre otros ámbitos, en todos los procedimientos judiciales en los que esté afectado y que conduzcan a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social [fue...] introducido por primera vez en el art. 12.2 de la Convención sobre los derechos del niño, figura asimismo en el art. 3 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, ratificado por España mediante instrumento de 11 de noviembre de 2014; en el apartado 15 de la Carta Europea de derechos del niño, aprobada por resolución del Parlamento Europeo de 21 de septiembre de 1992 y, con una fórmula más genérica, en el art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Goza pues de un amplio reconocimiento en los acuerdos internacionales que velan por la protección de los menores de edad, referencia obligada para los poderes públicos internos de conformidad con lo establecido por los arts. 10.2 y 39.4 CE. Este derecho se desarrolla en el art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil, reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que indica en su exposición de motivos que se han tenido en cuenta los criterios recogidos en la observación



núm. 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado. Entre otros aspectos, la citada reforma legal de 2015 refuerza la efectividad del derecho al disponer que, en las resoluciones sobre el fondo de aquellos procedimientos en los que esté afectado el interés de un menor, debe hacerse constar el resultado de la audiencia a este y su valoración ( art. 9.3 *in fine* de la Ley Orgánica 1/1996 ).

""El derecho del menor a ser 'oído y escuchado' forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos ( STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5). Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este Tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal ( SSTC 221/2022, de 25 de noviembre, FJ 5; en el mismo sentido, SSTC 71/2004, de 19 de abril, FJ 7; 152/2005, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4, y 17/2006, de 30 de enero, FJ 5)".

"Nosotros nos hemos ocupado de la "audiencia", "exploración" o "derecho a ser oído" del menor, entre otras, en las sentencias 413/2014, de 20 de octubre, 157/2017, de 7 de marzo, 578/2017, de 25 de octubre, 18/2018, de 15 de enero, 648/2020, de 30 de noviembre y 548/2021, de 19 de julio). De ellas cabe extraer a modo de líneas directrices, y por lo que ahora interesa, las dos siguientes premisas: (i) la audiencia o exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de este, para su debida y mejor protección y, en su caso, debe ser acordada de oficio por el tribunal; (ii) aunque no se puede decir que los tribunales están obligados a oír siempre al menor, pues eso dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad, madurez e interés de aquel, por lo que es posible, precisamente en atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo dicho interés, y siempre que el menor tenga menos de 12 años, que se prescindiera de su audición o que se considere más adecuado que se lleve a cabo su exploración a través de un experto o estar a la ya llevada a cabo por este medio, para que el tribunal pueda decidir no practicarla o llevarla a cabo del modo indicado, será necesario que lo resuelva de forma motivada".

En el presente caso, la menor no fue oída por el juez de primera instancia. Es cierto, que, cuando se le pidió que la explorara, la menor no tenía todavía, pese a estar próxima a cumplirlos, los 12 años de edad. Pero también lo es, que la exploración tan solo cabía denegarla de forma motivada bien por no resultar necesaria al carecer de la suficiente madurez, bien por no resultar conveniente, precisamente, en su propio interés.

La Audiencia no solo obvió tal consideración, sino que, además, denegó llevar a efecto por sí misma la exploración que también se lo solicitó y cuando la menor, además, ya había cumplido los 12 años de edad. Al actuar de esa manera, la Audiencia quebrantó las normas legales contenidas en los preceptos que el recurso cita como infringidos; desatendió la jurisprudencia establecida sobre el derecho de los menores a ser oídos; y vulneró el derecho de Florencia a la tutela judicial efectiva.

Por lo tanto, procede estimar los motivos analizados y, con ellos, el recurso extraordinario por infracción procesal, y, también, sin necesidad de examinar los motivos según y tercero, el recurso de casación. Y todo ello con el efecto de anular la sentencia y retrotraer las actuaciones al momento anterior al de su dictado para que, antes de resolver sobre la guarda y **custodia** de la menor, se haga efectivo el derecho de esta a ser oída y escuchada sobre su guarda y **custodia**.

### **TERCERO.** Costas y depósitos

1. Al estimarse el recurso extraordinario por infracción procesal, no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes ( art. 398.2 LEC).
2. Al estimarse el recurso de casación, no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes ( art. 398.2 LEC).
3. Procede disponer la devolución de la totalidad de los depósitos constituidos para recurrir, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8.ª, LOPJ.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido  
:

- 1.º- Estimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por D.ª Crescencia contra la sentencia dictada por la Sección N. 5 ( DIRECCION000 ) de la Audiencia Provincial de Murcia, el 10 de noviembre de 2020, en el rollo de apelación 128/2020.



- 2.º- Anular dicha sentencia y devolver las actuaciones al tribunal de segunda instancia para que, antes de volver a dictar sentencia, haga efectivo el derecho de la menor a ser oída y escuchada sobre su guarda y **custodia**.
- 3.º- No imponer a ninguno de los litigantes las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.
- 4.º- No imponer a ninguno de los litigantes las costas del recurso de casación.
- 5.º- Disponer la devolución de la totalidad de los depósitos constituidos para recurrir.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ