



Roj: **STS 3299/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3299**

Id Cendoj: **28079110012021100574**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/07/2021**

Nº de Recurso: **4160/2020**

Nº de Resolución: **577/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BA 519/2020,**
STS 3299/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 577/2021

Fecha de sentencia: 27/07/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4160/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/07/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE BADAJOZ. SECCIÓN N.º 2

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: Emgg

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4160/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 577/2021

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 27 de julio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D^a. Paula, representada por la procuradora D.^a Beatriz Celdrán Carmona y bajo la dirección letrada de D. Juan María Calero González, contra la sentencia núm. 283/2020 de 25 de mayo de 2020, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz en el recurso de apelación núm. 962/2019, dimanante del procedimiento de Modificación de Medidas núm. 990/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Badajoz. Ha sido parte recurrida D. Ángel Daniel, representado por la procuradora D.^a Lorena Ruiz Aledo y bajo la dirección letrada de D. José Luis Díaz Sánchez. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La procuradora doña Lorena Ruiz Aledo, en nombre y representación de don Ángel Daniel, interpuso demanda de modificación de medidas definitivas, contra doña Paula y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

"[...]se dicte sentencia por la que se acuerde la revocación del pronunciamiento de la sentencia de divorcio de fecha 31 /03/2016, dictada en los autos seguidos bajo el núm.874/2015, por la que se atribuyó la guarda y custodia de los dos hijos menores a la madre y en su lugar se acuerde que se atribuya la misma de forma compartida de la siguiente forma :

"- Por meses alternos con cada uno de los progenitores, comenzando el primer día del mes siguiente a la resolución, eligiendo la madre con quien de los progenitores comienza el régimen de guardia y custodia compartida.

"- Mitad de las vacaciones de Semana Santa, verano y Navidades, comprendiendo Semana Santa el primer período desde el último día escolar hasta el miércoles santo a las 8.30 de la tarde- noche y segundo período desde las 8.30 pm del miércoles hasta el lunes que se incorporen al colegio. Verano, un mes con cada progenitor, es decir Julio y Agosto. Navidades, el primer período comenzará el último día de colegio del mes de Diciembre hasta el día 29 de Diciembre a las 8.30 horas de la tarde- noche, el segundo período desde el día 29 de Diciembre a las 8.30 pm hasta el primer día de incorporación a las tareas escolares .

"- Cada progenitor mantendrá el mes que le corresponde a los menores siendo los gastos extraordinarios por mitad para cada uno, suprimiéndose por tanto la pensión de alimentos actualmente vigente.

"- Los períodos los elegirá la madre en los años pares y el padre los años impares.

"Las costas le serán impuestas a la demandada en caso de oposición a esta pretensión".

Acordada la admisión a trámite de la demanda y conferido traslado a la parte demandada y al Ministerio Fiscal, la representación procesal de doña Paula contestó y se opuso a la misma solicitando del Juzgado que, previos los trámites legales oportunos, se dictase sentencia que la desestimara, con imposición de las costas a la parte demandante y, siendo preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal al existir hijos menores de edad, presentó escrito solicitando se tuviera por contestada la demanda y que, tras los trámites legales oportunos, incluido el recibimiento a prueba, se dictase la sentencia correspondiente a la vista de las pruebas practicadas.

SEGUNDO. Por decreto de fecha 15 de abril de 2.019 se convoca a las partes a celebración de vista, la cual tuvo lugar con el resultado que consta en las actuaciones, dictándose posteriormente por la magistrada- juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Badajoz, sentencia de fecha 28 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLO:

"Que debo desestimar la demanda formulada por la Procuradora Sra. RUIZ ALEDO en nombre y representación de D. Ángel Daniel frente a D^a Paula .

"No procede hacer pronunciamiento en cuanto a las costas".

TERCERO. Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Ángel Daniel . La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, dictó sentencia, con fecha 25 de mayo de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS:

"Que, estimando como estimamos el Recurso de Apelación deducido por la representación procesal de D. Ángel Daniel , contra la Sentencia n.º 374/2019, de 28 de junio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Badajoz, en el procedimiento de Modificación de Medidas n.º 950/2018, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución y en su consecuencia, con estimación de la demanda rectora de la litis, se acuerda atribuir la guarda y custodia compartida, de los menores Cecilio y Celso , a los dos progenitores, de la siguiente forma:

"- Por meses alternos, comenzando en primer mis, desde el siguiente a la notificación de esta resolución, eligiendo la madre. También la madre elegirá primero, en los años pares y el padre en los impares, para determinar los períodos vacacionales.

"- Mitad de las vacaciones de Semana Santa, Navidades y Verano, comprendiendo la Semana Santa el primer período desde la salida de clase el último día escolar, hasta el miércoles santo a las 20:30 horas y el segundo período, desde entonces hasta el lunes o día en que se incorporen de nuevo al Colegio. Verano un mes con cada progenitor. Navidades, primer período desde la salida del colegio el último día del período escolar hasta las 20:30 horas del 29 de diciembre; y el segundo, desde entonces, hasta el día de reincorporación a las clases.

"- Cada progenitor mantendrá y atenderá a las necesidades económicas del menor en el mes y en los períodos vacacionales que le correspondan. Los gastos extraordinarios se abonarán por mitad, debiendo designar ambos progenitores una cuenta bancaria de titularidad conjunta donde ingresarán la cantidad que decidan de común acuerdo para atender a tales gastos extraordinarios.

"- Se suprime la pensión de alimentos actualmente a cargo del padre.

"- El día de Reyes, el progenitor que tuviera consigo a los menores, deberá facilitar que éstos pasen tres horas con el otro progenitor. Y lo mismo harán en los cumpleaños de los menores y de los propios progenitores.

"No ha lugar a costas en ninguna de las instancias.

"Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno. Solo se admitirán los recursos extraordinarios de casación por infracción procesal y de casación, si se fundan en los motivos y supuestos previstos, respectivamente, en los artículos 469 (en relación con la disposición Final 16ª de la LEC) y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los que conocerá la Sala de lo civil del Tribunal Supremo y que, en su caso, deberán interponerse por escrito ante este tribunal, en el plazo de los veinte días hábiles siguientes al de su notificación".

CUARTO. Instada por la representación procesal de doña Paula , por auto de 16 de junio de 2018 se deniega la aclaración de la sentencia por lo que considerando dicha parte que no se ajusta a derecho y es notablemente lesiva a los intereses de los menores y de su representada, interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la misma.

Se invoca como motivo de la interposición del recurso extraordinario por Infracción procesal, de conformidad con lo establecido en el artículo 469.1.2º, "[...]la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto de los artículos 218.1 y 2, artículo 216, ambos de la LEC y el artículo 24 y 120.3 de la CE, por falta de motivación, congruencia y vulneración de la tutela judicial efectiva, ya que la Sentencia impugnada no expone la valoración conjunta de la prueba, ni la ausencia de la más relevante en esta materia, como es la elaboración de un Informe Psicosocial o la exploración de los menores, que no se llevó a cabo en el proceso, y jurisprudencia del Tribunal Supremo que las desarrolla".

El recurso de casación, formulado al amparo de lo establecido en el artículo 477.2.3º de la LEC invoca como motivo único "[...]la infracción de la Jurisprudencia de esta Sala en relación con la obligación de oír a los menores, establecida en el artículo 92 del Código Civil y 9 de la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. Infracción de la doctrina del Tribunal Supremo en Sentencias de 20 de Octubre de 2.014, 157/2.017 de 7 de Marzo de 2.017, núm. 878/2.017 de 25 de Octubre de 2.017, 18/2.018 de 15 de Enero de 2.018".

QUINTO. Recibidas las actuaciones en esta Sala, por auto de fecha 17 de febrero de 2021 se acordó admitir el recurso extraordinario de infracción procesal y el de casación interpuestos y, por diligencia de ordenación de fecha 7 de abril de 2021, se tuvo por personado en tiempo y forma a don Ángel Daniel , confiriéndosele traslado del citado auto de admisión a su representación procesal para que formalizara oposición en el plazo de veinte días, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito. Conferido traslado al Ministerio Fiscal, expone sus alegaciones mediante escrito de fecha 3 de marzo de 2021, considerando en base a los argumentos expuestos que es procedente la estimación del motivo del recurso de casación interpuesto por la recurrente, procediendo a una guarda y custodia en favor de la madre conforme a lo resuelto en la sentencia de instancia, con rechazo del motivo por infracción procesal.

SEXTO. Por providencia de fecha 10 de junio 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 14 de julio de 2021, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Primera y segunda instancia (resumen de antecedentes)*

1. Primera instancia

1.1 D. Ángel Daniel interpuso demanda de modificación de medidas contra D.^a Paula solicitando:

"[s]e dicte sentencia por la que se acuerde la revocación del pronunciamiento de la sentencia de divorcio de fecha 31/03/2016, dictada en los autos seguidos bajo el núm. 874/2015, por la que se atribuyó la guarda y custodia de los dos hijos menores a la madre y en su lugar se acuerde que se atribuya la misma de forma compartida de la siguiente forma:

"- Por meses alternos con cada uno de los progenitores, comenzando el primer día del mes siguiente a la resolución, eligiendo la madre con quien de los progenitores comienza el régimen de guarda y custodia compartida.

"- Mitad de las vacaciones de Semana Santa, verano y Navidades, comprendiendo Semana Santa el primer período desde el último día escolar hasta el miércoles santo a las 8.30 de la tarde- noche y segundo período desde las 830 pm del miércoles hasta el lunes que se incorporen al colegio. Verano, un mes con cada progenitor, es decir Julio y Agosto. Navidades el primer período comenzará el último día de colegio del mes de Diciembre hasta el día 29 de Diciembre a las 8.30 horas de la tarde- noche, el segundo período desde el día 29 de Diciembre a las 8.30 pm hasta el primer día de incorporación a las tareas escolares.

"- Cada progenitor mantendrá el mes que le corresponde a los menores siendo los gastos extraordinarios por mitad para cada uno, suprimiéndose por tanto la pensión de alimentos actualmente vigente.

"- Los períodos los elegirá la madre en los años pares y el padre los años impares.

"Las costas le serán impuestas a la demanda en caso de oposición a esta pretensión".

En la demanda (datada el 22 de noviembre de 2018 y admitida a trámite por decreto de 21 de enero de 2019) alegó que las circunstancias tenidas en cuenta para la atribución de la guarda y custodia de los hijos del matrimonio a la madre habían variado sustancialmente, dado que: (i) los menores tenían ya 4 y 9 años de edad; (ii) estaba ejecutando la sentencia de divorcio desde que se había dictado por los continuos incumplimientos de la demandada en relación con el régimen de visitas; (iii) durante los años 2016, 2017 y 2018 se había consolidado la jurisprudencia considerando el régimen de custodia compartida no solo normal, sino incluso deseable; (iv) había dejado su anterior empleo y comenzado a trabajar en una empresa familiar de Badajoz con el fin de tener mayor facilidad de horarios y disponer de más tiempo; y (v) de seguir consintiendo la situación de continuada manipulación de los menores por su progenitora, la madre de esta y familiares allegados, llegaría el día en que no pudiera relacionarse con sus hijos con normalidad.

1.2 D.^a Paula contestó solicitando la desestimación de la demanda y la imposición de costas al demandante.

Alegó que el relato que se hacía en la demanda difería sustancialmente de la realidad; que el régimen de visitas establecido en la sentencia de divorcio había sido incumplido por el padre la mayor parte de las veces, lo que había provocado un sin fin de conflictos que, sin duda, habían repercutido en los hijos y en la normal relación paterno filial; y que el menor de los hijos, Celso, tenía dificultades en su desarrollo, en concreto en el lenguaje, debiendo acudir con regularidad al logopeda y que, en una ocasión en la que estaba con su padre, había faltado a una de las sesiones programadas en el servicio de atención temprana al que acudía, lo que explicaba sus temores a que, ante una custodia compartida, los menores pudieran llegar a verse perjudicados en las atenciones que precisaban.

1.3 La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al considerar que no concurrían los requisitos mínimos para que pudiera establecerse un régimen de custodia compartida.

Razonó en ese sentido, pese a proclamar que la doctrina del Tribunal Supremo venía afirmando reiteradamente que el régimen de custodia compartida no podía ser considerado como una medida excepcional, sino como el régimen normal y deseable:

"[n]o puede obviarse, que el régimen de custodia compartida, y en interés de los menores, exige un compromiso y una colaboración mayor entre los progenitores, y es justamente la falta de colaboración entre ambos, y más allá (sic), la existencia de una situación de enfrentamiento entre los mismos, y un elevado nivel de controversia

con denuncias cruzadas, o incumplimiento del régimen de visitas, conforme consta en la documental aportada con la demanda, que se estima hace inviable el régimen de custodia compartida; razones todas éstas que han de conllevar el rechazo de la demanda [...].

2. Segunda instancia

2.1 Disconforme con la sentencia de primera instancia, el Sr. Ángel Daniel interpuso recurso de apelación suplicando el dictado de otra que, revocándola, estimará en su integridad la demanda interpuesta.

Alegó error en la valoración de la prueba e infracción de doctrina del Tribunal Supremo.

2.1.1 El error al valorar las pruebas lo argumentó señalando: (i) que lo que había alegado en defensa de su tesis servía de argumento a la sentencia para desestimarla con base en la mala relación entre los progenitores y la existencia de denuncias cruzadas; (ii) que la conflictividad y desafección personal surgidas, a consecuencia de la ruptura, entre él y la que había sido su esposa, esta las había trasladado a la relación de los niños con él; (iii) y que al interpretar la sentencia que el bien para los menores era que la custodia única la tuviera la madre lo que hacía era premiar indirectamente todos los conflictos que había generado con el fin de que aquellos no se relacionasen con él, siendo dicha actitud de la demandada totalmente egoísta y desequilibrante para los niños.

2.1.2 A continuación, el demandante-apelante alegó, en relación con la infracción de la jurisprudencia, que esta establecía con claridad la necesidad de mantener como norte y meta de la actuación judicial la obtención del superior interés del niño, y, en ese sentido, que la doctrina del Tribunal Supremo no solo consideraba que el régimen de custodia compartida era aconsejable y deseable, sino también que debía ser "[e]l régimen principal cuando los progenitores están perfectamente ambos habilitados y preparados para su cuidado, aprendizaje y desarrollo".

2.2 La demandada se opuso al recurso, solicitando su desestimación y, consecuentemente, la confirmación de la sentencia impugnada, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Señaló, en ese sentido, que el recurso no debía prosperar al ajustarse la sentencia dictada de forma estricta al resultado de las pruebas practicadas.

2.3 La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación y, revocando la sentencia de primera instancia, estimó la demanda acordando atribuir la guarda y custodia compartida de los menores a los dos progenitores de la siguiente forma:

"- Por meses alternos, comenzando en primer mis, desde el siguiente a la notificación de esta resolución, eligiendo la madre. También la madre elegirá primero, en los años pares y el padre en los impares, para determinar los períodos vacacionales.

"- Mitad de las vacaciones de Semana Santa, Navidades y Verano, comprendiendo la Semana Santa el primer período desde la salida de clase el último día escolar, hasta el miércoles santo a las 20:30 horas y el segundo período, desde entonces hasta el lunes o día en que se incorporen de nuevo al Colegio. Verano un mes con cada progenitor. Navidades, primer período desde la salida del colegio el último día del período escolar hasta las 20:30 horas del 29 de diciembre; y el segundo, desde entonces, hasta el día de reincorporación a las clases.

"- Cada progenitor mantendrá y atenderá a las necesidades económicas del menor en el mes y en los períodos vacacionales que le correspondan. Los gastos extraordinarios se abonarán por mitad, debiendo designar ambos progenitores una cuenta bancaria de titularidad conjunta donde ingresarán la cantidad que decidan de común acuerdo para atender a tales gastos extraordinarios.

"- Se suprime la pensión de alimentos actualmente a cargo del padre.

"- El día de Reyes, el progenitor que tuviera consigo a los menores, deberá facilitar que éstos pasen tres horas con el otro progenitor. Y lo mismo harán en los cumpleaños de los menores y de los propios progenitores.

"No ha lugar a costas en ninguna de las instancias".

La sentencia, en primer lugar, alude a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la guarda y custodia compartida y el interés del menor (a lo largo de su argumentación hace cita, y por este orden, de las sentencias de 25 de abril de 2014, de 5 de diciembre de 2016, de 19 de julio de 2013, de 2 de abril de 2014, de 17 de enero de 2017, de 27 de septiembre de 2011 y de 7 de marzo de 2017). Y a continuación, aseverando aplicar dicha doctrina al supuesto de autos y tras resaltar la necesidad, al tratarse en el caso de una demanda de modificación de medidas, de que "[a]lgo haya cambiado significativamente para justificar un régimen de custodia, distinto del inicialmente instaurado", consigna la *ratio decidendi* en los siguientes términos:

"[E]n este sentido, en el supuesto de autos, nos encontramos con que, en la Sentencia de Divorcio, de 31-03-2016, se atribuyó la guarda y custodia de los dos menores - Cecilio, de 11 años y Celso, de 6 años-

a la madre, en virtud del acuerdo al que habían llegado los esposos en el curso de procedimiento de divorcio; sin embargo, desde el primer momento la madre ha venido incumpliendo y poniendo obstáculos al ejercicio del derecho de visitas que tiene reconocido el Sr. Ángel Daniel y viene impidiendo una relación normal de los hijos con su progenitor no custodio, hasta tal punto que éste se ha visto obligado a solicitar la ejecución forzosa - autos 90/2016- en el curso de la cual se han impuesto sanciones al custodio para apartarla de esa reiteración en el incumplimiento.

"Así resulta acreditado a través de los documentos aportados por el demandante: informe del Punto Neutro del Encuentro Familiar de 7 de enero de 2017, donde se relata el comportamiento de la progenitora custodia en los días que le tocaba al no custodio el ejercicio del derecho de visita (días 21 y 31 de diciembre de 2016; y 6 de enero, en los que se visualizan unas respuestas de los menores inducidas por la madre y la abuela materna) y los obstáculos puestos en otras ocasiones en días posteriores a las puertas del Colegio y de la Academia de Inglés.

"En consecuencia, teniendo en cuenta esos hechos y la doctrina sobre custodia compartida, en la que se refiere que las desavenencias conyugales no impiden, por sí mismas, la adopción de este régimen, cuando se considere que es más beneficioso para los menores, a los que no se les puede privar de su derecho a relacionarse con ambos progenitores y no sólo con uno de ellos. No cabe dudar de que es siempre de interés para el beneficio del menor que éste se relacione normalmente con aquéllos, para así alcanzar una plenitud de vida emocional y personal y familiar, en conexión con ambas ramas familiares y no solo con una.

"Y ese interés de los menores actuales - Cecilio y Celso - aconseja en esta situación la conversión del régimen de guarda y custodia de unilateral en compartida".

SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1. Escrito de interposición

Disconforme con la sentencia de segunda instancia la demandada-apelada ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional.

1.1 En el recurso extraordinario por infracción procesal la recurrente denuncia, por la vía del art. 469.1.2º LEC, la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto de los arts. 218.1 y 2, y 216 LEC, así como de los arts. 24 y 120.3 CE, por falta de motivación, congruencia y vulneración de la tutela judicial efectiva, pues "[n]o se expone la valoración de la prueba que determine el cambio sustancial que justifique la custodia compartida [...]".

En el desarrollo del recurso alega que la sentencia "[c]ontiene una evidente falta de motivación [...]"; que no "[r]azona, en una materia tan sensible y delicada por la trascendencia que tiene, los aspectos que a través de las pruebas practicadas, justifican la modificación en cuanto a la custodia de los menores [...]"; que "[e]l conjunto de la prueba, que se omite totalmente por la sentencia [...], confirma la acertada decisión del Juzgado de Instancia, pues la inestabilidad en el trabajo, la falta de un domicilio del padre, los escasos recursos económicos, etc., sin duda, fueron igualmente valorados por la Juez de Instancia"; y que "[e]n el presente caso, no existe un informe psicológico practicado en el procedimiento [...]" y "[t]ampoco existió una exploración de los menores, con lo cual la decisión de la Audiencia Provincial carece del sustento probatorio necesario para realizar ese análisis exhaustivo del interés de los menores", por lo que "[s]orprende la revocación de la Sentencia dictada en Primera Instancia [...] porque no existe el Informe Psicológico, ni tampoco la exploración de los menores, ni en Primera ni en Segunda Instancia".

1.2 El recurso de casación se fundamenta en un motivo único en el que se denuncia, con cita de las sentencias de 20 de octubre de 2014, 157/2017, de 7 de marzo, 878/2017, de 25 de octubre y 18/2018, de 15 de enero, la "[i]nfracción de la jurisprudencia de esta Sala en relación con la obligación de oír a los menores, establecida en el artículo 92 del Código Civil y 9 de la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor".

En el desarrollo del motivo se alega que "[e]n el presente procedimiento no se elaboró informe psicológico, es decir, no fueron examinados ni los progenitores ni los menores, ni primera ni en segunda instancia. Pero a mayor abundamiento, ninguno de los menores fue explorado. Esto es un hecho objetivo que, en la materia de que se trata, entendemos y así lo considera la doctrina del Tribunal Supremo, esencial para modificar una situación anterior, como es el caso, ya que la guarda y custodia siempre la ha tenido la madre".

2. Escrito de oposición

Tras la admisión del recurso de casación, el Sr. Ángel Daniel ha formalizado su oposición por escrito en el que, con carácter previo, niega el relato de hechos que la parte recurrente realiza, aseverando que se trata de hechos "[t]otalmente inciertos, inventados y no demostrados bajo ningún medio [...]".

Alega a continuación, por un lado, que el hecho de que a la demandada-recurrente "[n]o le gusten" los argumentos esgrimidos por la Audiencia Provincial, no significa incoherencia en el fallo ni falta de fundamentación, por lo tanto la resolución no incurre en infracción alguna y la sentencia es totalmente fruto de lo fundamentado para dictarla"; y por otro lado, que existe un informe del equipo psicosocial adscrito al punto de encuentro de Badajoz en el que se manifiesta claramente que "[l]os menores se encontraban manipulados por su madre y su abuela materna con el fin de que los niños no quisieran ni ver a su padre [...]", a lo que añade que la demandada-recurrente "[q]uiere hacer ver al Tribunal que los niños tienen 11 y 5 años, al objeto de lo establecido en el artículo 92 del Código Civil [...], siendo del todo incierto, pues esa es la edad que tienen hoy día no la que tenían cuando se celebra la vista de la modificación de medidas, que era de 8 años el mayor de los hijos" y que, por tanto, "[c]onsiderar que un niño de 8 años tiene suficiente para ser [oído], y menos aún cuando nadie lo ha propuesto, nos parece que no es motivo o argumento para el recurso interpuesto".

El demandante-recurrido finaliza señalando, con cita de la sentencia de 24 de septiembre de 2019, que "[l]a modificación de la doctrina en cuanto al régimen de custodia se refiere es suficiente acreditación de cambio suficiente de circunstancias como para solicitar la modificación de las medidas definitivas dictadas en su día".

3. Alegaciones del fiscal

El fiscal alega, en relación con el recurso por infracción procesal, que la denuncia carece de fuerza suasoria, dado que "[l]a Audiencia explica las razones por las cuales aprecia la necesidad de aplicar la guarda y custodia compartida" y "[e]xiste una motivación, aunque no se comparta, que permite conocer la *ratio decidendi* del fallo y la motivación escasa o breve también es motivación, por tanto, por esta razón el motivo debe decaer".

Por lo que hace al recurso de casación, el fiscal apoya el motivo. Aduce, como primera razón, que "[N]ada se concreta sobre el cambio de circunstancias que justifique la modificación del régimen, por tanto faltando este presupuesto ineludible la modificación de medidas es inviable por carecer de fundamento, por lo que si no hay cambio de circunstancias difícilmente se puede decir que ahora el régimen de guarda y custodia conjunta es los más beneficio (sic) para los menores sin añadirse justificación alguna que diferencia la situación actual a la existente cuando se otorgó la guarda y custodia en favor de la madre y ahora recurrente en casación". La segunda razón que arguye el fiscal para casar la sentencia es que "[E]l único razonamiento de la sentencia de apelación para el cambio de guarda y custodia de la madre a la compartida se fundamenta precisamente en lo que es causa de rechazo de ese régimen conjunto de guarda y custodia: la conflictividad de los progenitores que se traslada a los menores".

El fiscal finaliza sus alegaciones aludiendo a la sentencia 648/2020, de 30 de noviembre, en la que, según señala, "[l]a sala declara que al no haberse oído a los menores y no haberse rechazado motivadamente la propuesta de exploración, procede estimar el motivo, anular la sentencia para que se explore a los menores por la Audiencia Provincial", pero a continuación, confrontándola con el caso, sostiene, que "[E]n el supuesto que ahora contemplamos no hay petición de la recurrente en casación de la exploración de los menores, por lo que no se rechaza su solicitud, aunque bien es cierto que pudo la Audiencia acordarla de oficio, pero como en definitiva no existe cambio de circunstancias para modificar el régimen de guarda y custodia y se acredita la conflictividad entre los progenitores, el anular la sentencia ahora para que se explore a los menores sería innecesario, vistas las razones para estimar el motivo de casación", concluyendo que procede, por todo ello, "[l]a estimación del motivo del recurso de casación interpuesto por la recurrente [...], procediendo una guarda y custodia en favor de la madre conforme a lo resuelto en la sentencia de instancia, con rechazo del motivo por infracción procesal".

4. Análisis y decisión de la Sala

4.1 Recurso extraordinario por infracción procesal

En él se entremezclan de forma indiscriminada, con técnica casacional cuestionable, infracciones procesales de diferente naturaleza (falta de motivación y de congruencia) y que, en vez de acumularse en un mismo motivo, debieran haberse denunciado y argumentado de forma separada y en motivos independientes.

4.1.1 La falta de congruencia, como tal, no está razonada. En el discurso argumental de la recurrente se identifica con la falta de motivación y se justifica de la misma forma. Sin embargo, congruencia y motivación no son lo mismo.

Como hemos dicho recientemente, sentencia 453/2021, de 28 de junio:

"[U]na sentencia es incongruente, como ha recordado reiteradamente esta Sala (por todas las sentencias 604/2019, de 12 de noviembre; 31/2020, de 21 de enero; 267/2020, de 9 de junio; 526/2020, de 14 de octubre o 37/2021, de 1 de febrero), si concede más de lo pedido (*ultra petita*); se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*); se dejan incontestadas y sin resolver

algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita de la pretensión deducida; por el contrario, es perfectamente válido que dé menos de lo pedido (*infra petitem*), lo que no constituye infracción de incongruencia, salvo que diera menos de lo admitido por la contraparte".

En el caso, la sentencia recurrida no concede más de lo pedido ni se pronuncia fuera o al margen de lo suplicado ni deja de contestar a y resolver sobre lo pretendido. Se promovió una demanda de modificación de medidas, para sustituir una custodia exclusiva por otra compartida. La sentencia de primera instancia desestimó la solicitud y la de segunda instancia, de manera diferente, y acogiendo el recurso de apelación, entendió que procedía estimarla. Nada de incongruente hay en esto.

4.1.2 La sentencia tampoco adolece de falta de motivación.

Como hemos recordado, también muy recientemente, en la sentencia 504/2021, de 7 de julio:

"[H]emos declarado en otras ocasiones que "deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla" (sentencias 294/2012, de 18 de mayo, 95/2014, de 11 de marzo, 759/2015, de 30 de diciembre, 184/2019, de 26 de marzo, y 82/2021, de 16 de febrero)".

En el caso, la sentencia recurrida exterioriza y da a conocer de forma muy clara y por contraposición a la de la sentencia de primera instancia (que consideró que la situación de enfrentamiento y el elevado nivel de controversia existente entre los progenitores hacía inviable el régimen de custodia compartida) la razón de su decisión.

Su justificación se expone a través de la siguiente secuencia argumental: (i) en la sentencia de divorcio se atribuyó la guarda y custodia de los menores a la madre, en virtud del acuerdo al que habían llegado los esposos, y se fijó el régimen de visitas a favor del padre; (ii) sin embargo, desde el primer momento, la madre ha venido incumpliendo y poniendo obstáculos al ejercicio del derecho de visitas que tiene reconocido el padre, impidiendo que este pueda relacionarse con normalidad con sus hijos; (iii) teniendo en cuenta esta circunstancia y que las desavenencias conyugales (que la sentencia no niega) no impiden por sí mismas la adopción del régimen de custodia compartida cuando sea más beneficioso para el menor; (iv) y como quiera que es beneficioso para el menor relacionarse con normalidad con los dos progenitores y no solo con uno de ellos, para así alcanzar una plenitud de vida emocional, personal y familiar, en conexión con ambas ramas familiares y no solo con una; (v) entonces la conclusión es que el interés actual de los menores aconseja la conversión de la custodia exclusiva en custodia compartida.

Por lo tanto, existe motivación. Que no sea del gusto de la recurrente o que esta no la considere acertada, entendiendo que la jurídicamente correcta y ajustada al principio del interés superior del menor es la que expone la sentencia de primera instancia para desestimar la demanda, es una cuestión distinta y que no puede ser objeto de este recurso, sino materia, en su caso, del recurso de casación.

En conclusión: desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal.

4.2 Recurso de casación

Se plantea un motivo único de casación en el que se alega la infracción de los arts. 92 CC y 9 LOPJM y de la jurisprudencia de la Sala "[e]n relación con la obligación de oír a los menores".

El motivo hay que analizarlo partiendo de los siguientes datos de hecho, que resultan incontrovertidos: (i) por un lado, los hijos menores de los litigantes (de 4 y 9 años de edad cuando se presentó la demanda que dio inicio al proceso) no fueron oídos ni en primera ni en segunda instancia en relación con la cuestión controvertida: modificación de la medida relativa a su custodia, sustituyendo la custodia exclusiva (atribuida en la sentencia de divorcio a su madre) por la custodia compartida; (ii) por otro lado, no hay justificación, ni siquiera explicación, del hecho anterior, en ninguna de las sentencias, ni en la de primera ni en la de segunda instancia.

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".

Dice 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 prescinda 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, ni se ha oído a los menores ni se ha resuelto de forma motivada sobre su audiencia. Es cierto, que ninguna de las partes la solicitó. Ni en primera ni en segunda instancia. Pero que no lo hicieran no implicaba que no hubiera que practicarla.

Conforme a la jurisprudencia citada debía haberse acordado de oficio o, en otro caso, y a la vista de la edad de los menores, haberse descartado, pero motivando que no procedía llevarla a cabo, bien por no resultar necesaria al carecer los menores de la suficiente madurez, bien por no resultar conveniente, precisamente, en su propio interés.

La sentencia recurrida se ha dictado sin que nada de lo anterior se haya hecho. Por lo tanto, se han quebrantado las normas legales contenidas en los preceptos que el recurso cita como infringidos; desatendido la jurisprudencia establecida sobre el derecho de los menores a ser oídos; y vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva.

En definitiva, procede estimar el recurso de casación, anular la sentencia y retrotraer las actuaciones al momento anterior al de su dictado para que, antes de resolver sobre la modificación de medidas, se haga efectivo el derecho de los menores a ser oídos y escuchados sobre su guarda y custodia.

La solicitud del fiscal, que también propugna la estimación del recurso de casación, pero al objeto de que se desestime el de apelación y se confirme la sentencia de primera instancia, no puede ser acogida, puesto que sin observar el mencionado derecho no cabe entrar a analizar y resolver la modificación de medidas.

TERCERO. Costas y depósitos

1. Al desestimarse el recurso extraordinario por infracción procesal procede imponer las costas a la recurrente (art. 398.1 y 394.1 LEC).
2. Al estimarse el recurso de casación no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).
3. Igualmente, debe disponerse la devolución de la totalidad del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal (disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9 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- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D.ª Paula contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz el 25 de mayo de 2020 en el rollo de apelación núm. 962/2019.
- 2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la Sra. Paula contra la mencionada sentencia, anularla y devolver las actuaciones al tribunal de segunda instancia para que, antes de volver a dictar sentencia, haga efectivo el derecho de los menores a ser oídos y escuchados sobre su guarda y custodia.



3.º- Imponer las costas del recurso por infracción procesal a la Sra. Paula .

4.º- No imponer las costas del recurso de casación a ninguna de las partes.

5.º- Disponer la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ