Roj: **STS 3028/2021** - **ECLI:ES:TS:2021:3028**

Id Cendoj: **28079110012021100526**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **19/07/2021**
Nº de Recurso: **5532/2020**
Nº de Resolución: **548/2021**
Procedimiento: **Recurso de casación**
Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 1295/2020,**
STS 3028/2021

FONDO DOCUMENTAL

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 548/2021

Fecha de sentencia: 19/07/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5532/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/07/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Procedencia: Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5532/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 548/2021

Excmos. Sres.

D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 19 de julio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, interpuestos contra la sentencia de fecha 10 de junio de 2020, dictada en recurso de apelación 656/2019, de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dimanante de autos de juicio de modificación de medidas de sentencia de divorcio, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Gabriel , representado en las instancias por la procuradora Dña. María Olvido Latorre Mozota, bajo la dirección letrada de D. Eliseo Bernad Pina, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente, no constando personado recurrido alguno y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Gabriel , representado por la procuradora Dña. María Olvido Latorre Mozota y dirigido por el letrado D. Eliseo Bernad Pina, interpuso demanda de juicio de familia para modificación de medidas de sentencia de divorcio contra Dña. Trinidad , con intervención del Ministerio Fiscal y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juez:

"Acuerde la modificación de las medidas que se establecieron en sentencia n.° 749/2008, de 10 de diciembre, en autos de divorcio contencioso 939/2008, sustituyendo y atribuyendo la guarda y custodia del hijo común menor de edad a mi representado actor de esta solicitud de modificación de medidas, extinguiendo de esta forma cualquier obligación de pago de pensión alimenticia de éste, reconociéndose para la madre un régimen de visitas como el establecido en sentencia de divorcio para el progenitor no custodio, con expresa condena en costas a la parte demandada".

2.- Admitida a trámite la demanda se personó el Ministerio Fiscal y contestó a la demanda interesando:

"En su día dictar sentencia en que, de conformidad con lo probado, se resuelva acerca de las cuestiones planteadas. Y específicamente:

"- El régimen de convivencia o de visitas de los hijos.

"- La participación con que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, la forma de pago, los criterios de actualización y en su caso las garantías de pago, la previsión de gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos".

3.- Se emplazó en legal forma a la demandada, a través de exhorto de solicitud de cooperación internacional que consta cumplimentado y unido a las actuaciones.

Transcurrido el término concedido, la demandada no contestó a la demanda ni se personó, por lo que mediante diligencia de ordenación de 8 de octubre de 2018 fue declarada en situación procesal de rebeldía.

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza se dictó sentencia, con fecha 30 de enero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Latorre Mozota, en nombre y representación de D. Gabriel frente a Dña. Trinidad , debo declarar y declaro no haber lugar a la modificación de la sentencia de divorcio dictada por este juzgado el 10 de diciembre de 2008 en autos núm. 749/08, manteniendo el vigente sistema de custodia individual materna del menor Leopoldo .

"Todo ello sin expresa condena en costas, por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante e impugnada la sentencia por el fiscal, la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia, con fecha 10 de junio de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Gabriel y la impugnación formulada por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de Zaragoza el 30-1-2019, debemos confirmar y confirmamos la misma, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada.

"Se decreta la pérdida del depósito constituido al que se le dará el destino legal procedente".

TERCERO.- 1.- D. Gabriel interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo de lo previsto en el artículo 469.1.2 de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en cuanto la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, infringe el artículo 218.2 de la LEC, por falta de motivación y aplicación e interpretación del derecho en la sentencia, respecto a cuál es el beneficio e interés del hijo menor, cuando no se le ha escuchado.

Motivo segundo.- Al amparo de lo previsto en el artículo 469.1.2 de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en cuanto la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, infringe el artículo 218.1 de la LEC, por falta de congruencia y normas aplicables al caso en la sentencia, respecto a cuál es el beneficio e interés del hijo menor, cuando no se le ha escuchado.

Motivo tercero.- Al amparo de lo previsto en el artículo 469.1.3 de la LEC, por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión, en cuanto la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, infringe los artículos 159 del CC y art. 770.4 de la LEC, por falta de audiencia del hijo menor, pues resulta imperativo oír a los hijos que tuvieran suficiente juicio y en todo caso a los mayores de doce años, como se da en el presente caso y ha sido determinante en el fallo judicial, prueba que se tendría que haber propuesto y realizado de oficio.

Motivo cuarto.- Al amparo de lo previsto en el artículo 469.2.3 y 4 de la LEC, por infracción y vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, en cuanto la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, infringe los artículos 24 CE sobre tutela judicial efectiva y 39.3 y 4 CE, sobre protección de los niños.

El motivo de casación basado en:

Motivo único.- Al amparo de lo previsto en el artículo 477.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al existir interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo por infracción de los artículos 90, 92, 103 y 159 del Código Civil, artículos 6, 59, 60, 76, 79 y 80 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de " Código del Derecho Foral de Aragón", el texto refundido de las leyes civiles aragonesas, 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, artículo 770.4 LEC y el artículo 39 de la CE, respecto al principio de actuación en beneficio e interés del menor. (Sentencia del Tribunal Supremo n.º 413/2014, de 20 de octubre, recurso apelación 1229/2013, fundamentos de derecho cuarto y quinto).

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 5 de mayo de 2021, se acordó admitir los recursos interpuestos y, al no constar parte recurrida personada, dar traslado al fiscal para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el fiscal presentó escrito adhiriéndose a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 14 de julio de 2021, en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes.*

Se presentó demanda de modificación de medidas por el ahora recurrente, respecto de las adoptadas en sentencia de 10 de diciembre de 2008 que, entre otras medidas, estableció un régimen de custodia materna respecto del menor -en ese momento de tres años, pues nació en 2005-, con autorización de traslado de residencia a Argentina, y demás medidas inherentes a ello -régimen de visitas y pensión de alimentos-.

El actor, en lo que al presente interesa, solicitó la custodia paterna, y medidas inherentes a ello, fundamentándolo en los incumplimientos reiterados de la madre respecto de las visitas del padre y en el deseo reiterado del menor de trasladar su residencia a España, para vivir con el padre; la madre del menor, demandada, fue declarada en situación de rebeldía procesal.

Por sentencia y al amparo del art. 217 LEC, y reglas *onus probandi*, y en atención al interés o beneficio superior del menor, se desestimó la demanda; se destaca que: i) consta a través de ejecuciones instadas por el padre, el incumplimiento del régimen de visitas a favor de este por la madre; ii) que desde 2008 el menor ha acudido a España 3 veces, la última en 2016; iii) y que el menor cuenta con 14 años y no consta que su voluntad o deseo sea residir en España con el padre. Por todo ello resuelve que no basta por si solo el incumplimiento

del régimen de visitas, no constando que el hijo no reciba los debidos cuidados y atenciones de la madre, ni constando su voluntad al respecto.

Recurrida dicha sentencia por el padre, se desestima el recurso de apelación. Se indica por la Audiencia Provincial que es preceptivo oír al menor que cuenta con quince años, y no ha sido oído, desconociéndose por tanto cuál sea su voluntad sobre su custodia; considera que no basta meras alegaciones del padre para valorar su interés y la preservación de su correcto desarrollo y estabilidad, máxime tratándose de un cambio de vida y entorno tan drásticos como el que generaría de estimarse la pretensión. La Audiencia, no obstante, recuerda que la madre no ha cumplido el régimen de visitas y comunicaciones, pero indica que, aunque ello sea reprobable, no puede justificar el cambio pretendido, cuando no existen otras pruebas que avalen la conveniencia de dicho cambio para el menor.

Casación e infracción procesal:

El demandante/apelante interpone recurso de casación, al amparo del art. 477.2. 3.º LEC y lo articula en un único motivo. En él alega infracción de los arts. 90 92, 103 y 159, los arts. 6, 59, 60, 76, 79 y 80 del Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, art. 3.1 Convención de Derechos del Niño, art. 2 LOPJM, 770.4 LEC, y art. 39 CE al considerar que se aplica incorrectamente el principio del interés superior del menor, con oposición a la doctrina jurisprudencial contenida en SSTS 413/2014 de 20 de octubre, y la 154/2011 de 9 de marzo. Indica que no se ha escuchado al menor ni motivado la razón de ello.

Interpone conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, por cuatro motivos. El primero al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en relación con el artículo 218.2 LEC; alega falta de motivación. El segundo, al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en relación con el artículo 218.1 LEC y alega que por falta de congruencia. El tercer motivo, al amparo del ordinal 3.º del artículo 469.1 LEC, por infracción de las normas procesales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la ley o produjera indefensión, con infracción del art. 159 CC y 770.4 LEC por falta de audiencia del menor. Y el cuarto, al amparo del ordinal 3.º y 4.º del artículo 469.1 LEC, por infracción del artículo 24 CE, con vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, al infringirse los arts. 24 CE sobre tutela judicial efectiva y 39.3 y 4 CE sobre protección de los niños.

A través del recurso interesa:

1.º- Que se estime el recurso extraordinario por infracción procesal, y se escuche al menor, mayor de 12 años, ordenando reponer las actuaciones antes de dictar sentencia para resolver sobre el cambio de custodia del menor, ordenando los oficios, exhortos o auxilios necesarios dado que reside en Argentina.

2.º- Que en caso de no considerar necesario escuchar al menor, se otorgue al recurrente la custodia del menor, por ser este tipo de custodia la más beneficiosa para el menor, con obligación de abonar la madre 200,00 euros mes, de pensión de alimentos, y con el mismo régimen de visitas a favor de esta que se estableció en sentencia de 10 de diciembre de 2008.

3.º- Que de no estimar lo anterior, case y anule la sentencia recurrida, conforme a los motivos de casación, y acuerde: la custodia paterna, e imponga a la madre del menor, la obligación de prestar alimentos por importe de 200,00 euros al mes a favor del hijo y establezca el régimen de visitas y comunicaciones establecido en sentencia de 10 de diciembre de 2008 a favor de la madre.

El Ministerio Fiscal se adhirió a los dos recursos, declarando la nulidad de lo actuado, acordando la exploración del menor, activando a tales efectos los mecanismos de cooperación jurídica internacional.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Motivos segundo y tercero.*

Motivo segundo.- Al amparo de lo previsto en el artículo 469.1.2 de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en cuanto la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, infringe el artículo 218.1 de la LEC, por falta de congruencia y normas aplicables al caso en la sentencia, respecto a cuál es el beneficio e interés del hijo menor, cuando no se le ha escuchado.

Motivo tercero.- Al amparo de lo previsto en el artículo 469.1.3 de la LEC, por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión, en cuanto la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, infringe los artículos 159 del CC y art. 770.4 de la LEC, por falta de audiencia del hijo menor, pues resulta imperativo oír a los hijos que tuvieran suficiente juicio y en todo caso a los mayores de doce años,

como se da en el presente caso y ha sido determinante en el fallo judicial, prueba que se tendría que haber propuesto y realizado de oficio.

TERCERO.- *Decisión de la sala. Audiencia del menor.*

Se estiman los dos motivos, analizados conjuntamente, lo que hace innecesario el análisis del resto de los motivos y tampoco del recurso de casación.

Consta acreditado que el menor, nacido el NUM000 de 2005, se encuentra bajo la custodia, declarada judicialmente, de su madre en Argentina, desde los tres años de edad, mientras que el padre continúa residiendo en España (Zaragoza).

Igualmente se prueba que la madre ha incumplido en varias ocasiones los espacios de custodia de los que debería disfrutar el menor con su padre.

En la sentencia de apelación, incongruentemente, se declara que el menor "no ha sido oído en este procedimiento conforme es preceptivo" y sin embargo no acuerda de oficio la audiencia al menor.

Según declara la sentencia 157/2017, de 7 de marzo, de esta sala: "En relación a la falta de exploración de la hija, esta sala se ha pronunciado con reiteración respecto a la necesidad de ser oído el menor en los procedimientos que directamente les afectan".

En igual sentido la sentencia 578/2017, de 25 de octubre.

En la sentencia 413/2014, de 20 de octubre, de esta sala se declaró:

"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".

En igual sentido la sentencia 648/2020, de 30 de noviembre.

A la vista de la mencionada doctrina jurisprudencial, debemos declarar que debió oírse al menor, dado que por su edad constaba con juicio suficiente, lo que debió acordar de oficio el Tribunal, sabedor como era de su preceptividad.

A la vista de esta doctrina y de acuerdo con los arts. 92, 2, 6 y 9 del C. Civil y 770 LEC, debemos declarar que al no haberse oído al menor, procede estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y, en consecuencia, procede la anulación de la sentencia recurrida, con devolución de los autos a la Audiencia Provincial para que, previa exploración del menor, dicte sin demora la sentencia que con arreglo a derecho corresponda, activando a tales efectos los mecanismos de cooperación jurídica internacional.

A tal efecto la obtención de pruebas en Argentina puede solicitarse en base a:

- Convenio de La Haya sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil de 18 de marzo de 1970.

- Convenio de La Haya sobre procedimiento civil de 1 de marzo de 1954.

- Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, hecho en Panamá el 30 de enero de 1975.

(Fuentes BOE y Prontuario de Auxilio Judicial Internacional del CGPJ).

CUARTO.- *Costas y depósitos.*

No procede imposición de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal ni en el de casación, con devolución de los respectivos depósitos (art. 398 LEC).

F A L L O

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

1.º- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Gabriel , contra sentencia de fecha 10 de junio de 2020 de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza (apelación 656/2019).

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

2.º- Anular la sentencia recurrida, con devolución de los autos a la Audiencia Provincial para que, previa exploración del menor, dicte sin demora la sentencia que con arreglo a derecho corresponda.

3.º- No procede entrar en el análisis del recurso de casación.

4.º- No procede imposición de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal ni en el de casación, con devolución de los respectivos depósitos.

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