

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ067345

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 731/2024, de 27 de mayo de 2024

Sala de lo Civil

Rec. n.º 4498/2023

SUMARIO:**Proceso de modificación de medidas. Interés del menor: audiencia de los menores en las medidas que les afectan. Derecho del menor a ser oído.**

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. 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. La audiencia 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, 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. No es de extrañar, entonces, que se pueda decretar la nulidad de actuaciones para dar audiencia a los menores sobre las medidas que les afectaban personalmente.

En este caso, no se ha oído de forma directa e inmediata al menor (que tenía más de diez años cuando se dictó la sentencia de primera instancia y más de doce cuando se pronunció la de apelación) ni se ha resuelto de forma motivada sobre dicha falta de audiencia. Nada han hecho ni dicho al respecto el órgano de primera instancia y el tribunal de apelación. Y esta doble omisión no es correcta, ya que no se ajusta a la normativa legal y a la doctrina jurisprudencial de aplicación.

PRECEPTOS:

Convención 20 noviembre 1989 sobre los Derechos del Niño, art. 12.

Código civil, art. 92.

Carta de los Derechos Fundamentales (CDFUE), art. 24.

Constitución Española, arts. 9.3, 24 y 39.4.

Ley 1/2000, (LEC), arts. 770 y 777.

Ley Orgánica 1/1996 (Protección Jurídica del menor), arts. 2, 3 y 9.

Ley 15/2015 (Jurisdicción Voluntaria), art. 18.

PONENTE:*Don Antonio García Martínez.*

Magistrados:

Don FRANCISCO MARIN CASTAN
Don MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN
Don JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG
Don ANTONIO GARCIA MARTINEZ

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 731/2024

Fecha de sentencia: 27/05/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4498/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/05/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid. Sección 22ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

Transcrito por: Emgg

Nota:

CASACIÓN núm.: 4498/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 731/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 27 de mayo de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.ª Virtudes, representada por el procurador D. Ignacio Gómez Gallegos y bajo la dirección letrada de D. Rafael Nicolás Bellido Cuesta, contra la sentencia n.º 381/2023, de 13 de abril de 2023, dictada por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación n.º 1575/2021, dimanante de los autos de Modificación de Medidas Supuesto Contencioso n.º 152/2019, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia n.º 85 de Madrid.

Ha sido parte recurrida D. Armando, representado por la procuradora D.ª Iciar Bacigalupe Idiondo, bajo la dirección letrada de D. Antonio Cortés Moreno.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. *Tramitación en primera instancia*

1. D. Armando presentó una demanda de modificación de medidas contra D.ª Virtudes, solicitando la modificación de medidas definitivas acordadas en la sentencia n.º 116/2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 85 de Madrid el 29 de junio de 2017 en los autos de procedimiento de divorcio n.º 36/2017.

Con fundamento en los hechos y fundamentos de derecho expuestos solicitaba que se dictase sentencia que declarase:

"[...]1. La modificación de la sentencia dictada en su día por este juzgado en proceso de divorcio y en su lugar adoptar las siguientes medidas

"La modificación del régimen de visita establecido en convenio en relación a la hija común, por uno de custodia compartida en sentido estricto a la vista de la situación real existente y por ende disponer que el hijo común proceda a vivir de manera semanal o en su caso quincenal o como mejor se adapte a las necesidades del menor de modo alternativo, con cada uno de sus progenitores en la vivienda personal de cada uno de ellos, asumiendo igualmente durante dicho periodo todos los gastos inherentes al hijo, sin necesidad de fijar pensión de alimento alguna y haciéndose cargo de estos y demás gastos ordinarios cada uno de forma exclusiva durante el periodo que ejerza dicha custodia, y los extraordinarios por comunes, si bien esta parte asumiría el abono de la cuantía de 150 euros mensuales a la demanda

"2.- - Subsidiariamente, y en el supuesto de que no haya lugar a la solicitud anterior y por ende se deba mantener el régimen de visitas actual, proceder a

"a-Manteniéndose la custodia de la madre ampliar el régimen de visita a todos los jueves incluidos aquellos que le pertenezca el fin de semana

"b- La reducción de la pensión en concepto de alimentos a la cuantía de 550 euros mensuales por los motivos expuestos

"c.- La eliminación de la pensión compensatoria establecida para la demandada o en su defecto reducirla solo a un año desde la presente demanda y por importe de 250 euros

"d- que se establezca la obligación de la demandada de tener que informar puntualmente a mi representado de las actividades escolares y extraescolares a realizar por su hijo común así como la evolución de las calificaciones en el colegio, e igualmente que no sea admisible un traslado de residencia del menor a otra localidad sin contar con la conformidad de ambos padres o en defecto con la autorización judicial con arreglo a lo dispuesto en el art 156 del C. Civil

"e- en relación a los gastos extraordinario, que se especifiquen concretamente que los mismos solo serán aquellos no cubiertos por la seguridad social o seguro privado concertado, igualmente se reputaran gastos extraordinarios los relacionados con actividades deportivas o de apoyo que no se encuentren incluido en la mensualidad ordinaria no obstante los gastos extraordinarios deberán ser comunicados previamente al otro progenitor y consentido por este o en su defecto con autorización judicial."

2. El Juzgado de Primera instancia n.º 85 de Madrid registró la demanda de modificación de medidas en supuesto contencioso con el n.º 152/2019, mediante decreto de 12 de marzo de 2019 se admitió a trámite y se acordó dar traslado a la parte demandada y al Ministerio Fiscal a fin de que se personasen y la contestasen en el plazo de veinte días hábiles, lo que hicieron en tiempo y forma.

3. Tras seguirse los trámites correspondientes la magistrada del Juzgado de Primera Instancia n.º 85 de Madrid dictó la sentencia n.º 241/2021, de 11 de junio de 2021, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO

" Que desestimando la demandada interpuesta por D. Armando representado por la Procuradora Dña. ICIAR BACIGALUPE IDIONDO contra DÑA. Virtudes representada por el Procurador D. IGNACIO GOMEZ GALLEGOS se acuerda sin pronunciamiento en costas mantener las medidas acordadas en sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de 1ª Instancia n.º 85 de Madrid de fecha 29 de junio de 2017."

Segundo. Tramitación en segunda instancia

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación del demandante D. Armando, recurso al que se opusieron la parte demandada y el Ministerio Fiscal.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid que lo tramitó con el número de rollo de apelación 1575/2021 y, tras seguirse los trámites correspondientes, dictó la sentencia n.º 381/2023, el 13 de abril de 2023, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLAMOS:

"Que, estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Armando se ha interpuesto recurso de apelación contra la Sentencia de 11 de junio de 2021 del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Madrid, recaída en el procedimiento de Modificación de medidas supuesto contencioso 152/2019, seguido en dicho juzgado a instancia de DON Armando, como demandante, frente a DOÑA Virtudes, como demandada, debemos revocar y revocamos la referida resolución, en el sentido de acordar la ampliación del

régimen de visitas a todos los jueves con pernocta, desde la salida del colegio hasta la entrada al centro escolar al día siguiente; así como acordar la reducción de la pensión de alimentos a cargo de Don Armando a favor de su hijo menor a la cantidad de 650 euros mensuales que serán pagados en los términos establecidos en la sentencia de 29 de junio de 2017.

"Se recuerda a la progenitora custodia que la patria potestad es compartida y que los gastos extraordinarios deben ser consensuados. Confirmando el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida. Sin imposición de las costas causadas en esta instancia."

Tercero. Interposición y tramitación del recurso de casación

1. La representación procesal de D.^a Virtudes interpuso recurso de casación.

1.1 El recurso de casación lo fundamenta en dos motivos que introduce con los siguientes encabezamientos:

"[...]PRIMERO. Infracción del artículo 477.1 en relación al artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre exhaustividad y congruencia en relación a la coherencia de las sentencias, por infracción del artículo 24 en relación al artículo 9.3 de la Constitución en cuanto a la Tutela Judicial Efectiva por la indefensión que genera la sentencia hoy recurrida por la arbitrariedad de la misma.

" SEGUNDO. Infracción procesal, el motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE , al haberse infringido el derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia de un "error patente, arbitrariedad y manifiesta irracionalidad en la valoración de la prueba, que no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la Constitución".

2. Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes, por providencia de 11 de octubre de 2023 se dio audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo de 10 días alegaran lo que estimaran pertinente sobre posible causa de inadmisión del recurso. Por la parte recurrente se presentó escrito de alegaciones, interesando la admisión del recurso por considerar que cumpliría con los requisitos determinados legalmente para la admisión del recurso. Por la parte recurrida se presentó escrito interesando la inadmisión del recurso. Por el Ministerio Fiscal mediante informe de fecha de 5 de diciembre de 2023 se interesó la admisión parcial del recurso.

3. Por auto de 24 de enero de 2024 se acordó:

"[...]1º) Admitir el motivo primero del recurso de casación interpuesto por D.^a Virtudes contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.^a), en el rollo de apelación n.º 1575/2021, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 152/2019 del Juzgado de Primera instancia n.º 85 de Madrid.

2º) No admitir el motivo segundo del citado recurso de casación. (Fundamento de derecho: "[...]SEGUNDO. Examinado en primer lugar el motivo segundo de recurso, este incurre en la causa de inadmisión de falta cumplimiento de los requisitos del recurso (art. 483.2, 2.º LEC), por plantear una cuestión de naturaleza procesal o adjetiva, relativa a la valoración de la prueba, de naturaleza procesal o adjetiva, propia del recurso extraordinario por infracción procesal, y ajena al recurso de casación.)

3º) Y entréguense copias de los escritos de interposición del recurso de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría."

La representación de D. Armando presentó escrito en el que se oponía al recurso de casación interpuesto de contrario y conferido traslado al Ministerio Fiscal presentó escrito de fecha 20 de marzo de 2024 en el que interesa:

"La estimación del recurso interpuesto, interesando se revoque la sentencia de la Audiencia Provincial en cuanto a lo acordado respecto de la ampliación del régimen de visitas y

"- Asumiendo la instancia, se mantenga la guarda de la madre y se acuerde el régimen de visitas con el padre propuesto por el Equipo Técnico y por el Fiscal en fase de apelación (pernocta intersemanal los jueves dejando sin efecto la pernocta de los martes).

"- Subsidiariamente, se interesa la revocación de la sentencia de la Audiencia Provincial exclusivamente en cuanto a lo acordado respecto de la ampliación del régimen de visitas y la confirmación de la sentencia de primera instancia en cuanto al mantenimiento del régimen de visitas fijado en la sentencia de divorcio.

"- Subsidiariamente se interesa la anulación de la sentencia recurrida para que por la Audiencia se proceda a la exploración del menor y a la expresa valoración de lo que el mismo manifieste en la decisión sobre el régimen de visitas".

4. Por providencia de 8 de abril de 2024 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista pública, señalándose posteriormente para la votación y fallo el día 21 de mayo de 2024, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Resumen de antecedentes relevantes para la resolución del recurso

1. El 29 de junio de 2017, el Juzgado de Primera Instancia n.º 85 de Madrid dictó sentencia en la que decretó la disolución por divorcio del matrimonio contraído entre D. Armando y D.ª Virtudes y aprobó el acuerdo ratificado por aquellos por el que se atribuía la guarda y custodia del hijo menor del matrimonio a la madre y se establecía un régimen de visitas a favor del padre consistente: (i) "Los fines de semana alternos desde el Viernes a la salida del colegio, hasta el lunes y lo reintegrará en el colegio", (ii) "Todos los martes visitas con pernocta recoge al menor a la salida del colegio", y (iii) "Los jueves que no le corresponda el fin de semana, con pernocta desde la salida del colegio hasta el viernes que lo reintegra al colegio. Y si le toca el fin de semana, el jueves será sin pernocta".

2. El 5 de marzo de 2019, D. Armando presentó una demanda de modificación de medidas frente a D.ª Virtudes en la que solicitó la custodia compartida sobre el hijo menor y, subsidiariamente, para el caso de mantenerse la custodia exclusiva de la madre, la ampliación del régimen de visitas a todos los jueves incluidos aquellos en que no le corresponda el fin de semana.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda con el siguiente razonamiento:

"[s]iendo amplias las actuales pernoctas (sic) y no existiendo elemento de juicio alguno que permita considerar que conviene al interés de la menor (sic) la mínima ampliación que se reclama, procede la desestimación de la pretensión, tanto en lo que afecta a un reparto de tiempo semanal como a la ampliación de pernoctas de las visitas intersemanales."

4. La sentencia de segunda instancia estima en parte el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Armando y acuerda "[l]a ampliación del régimen de visitas a todos los jueves con pernocta, desde la salida del colegio hasta la entrada al centro escolar al día siguiente".

La Audiencia Provincial dice sobre la petición de custodia compartida que:

"[t]eniendo presente el informe psicosocial elaborado en esta instancia, en el que se recomienda mantener la custodia materna, poniendo de manifiesto las malas relaciones entre los progenitores, así como la manifestación clara del menor en relación con su deseo de vivir con su madre, no procede establecer un sistema de guarda y custodia compartida que, sin duda, estaría abocado al fracaso. A estos efectos, interesa insistir en que el hijo común, Porfirio, nacido el NUM000 de 2010, cuenta en la actualidad con casi trece años, por lo que se le ha de presumir la madurez suficiente para expresar su voluntad en torno al desarrollo de la convivencia cotidiana con ambos progenitores. Por lo que procede mantener el sistema de guarda y custodia materia, sin perjuicio, claro está, de que se adopten todas las medidas necesarias para mantener y reforzar el vínculo afectivo con el progenitor paterno."

Y añade, sobre la pretensión subsidiaria, relativa a la ampliación del régimen de visitas a favor del padre, que:

"El motivo debe ser estimado. Tal como informa el equipo psicosocial, y siempre en interés prevalente del menor, procede establecer que todos los jueves (con independencia de que coincida o no la visita del fin de semana) el menor estará con su padre desde la salida del colegio hasta la entrada en el centro escolar al día siguiente."

5. La Sra. Virtudes ha interpuesto un recurso de casación con fundamento en dos motivos, de los que solo se ha admitido el primero.

El Sr. Armando se opone al recurso y pide su desestimación.

El fiscal, en cambio, solicita su estimación y pide a la sala que revoque la sentencia recurrida, asuma la instancia y acuerde: (i) mantener la custodia exclusiva de la madre y establecer a favor del padre el régimen de visitas propuesto por el equipo técnico y el fiscal en fase de apelación (pernocta intersemanal los jueves dejando sin efecto la pernocta de los martes); (ii) subsidiariamente, confirmar la sentencia de primera instancia, manteniendo el régimen de visitas que aprobó la sentencia de divorcio a favor del padre; y (iii) subsidiariamente, anular la sentencia, para que la Audiencia Provincial lleve a cabo la exploración del menor y valore expresamente lo que este manifieste sobre el régimen de visitas.

Segundo. Planteamiento del motivo. Decisión de la sala

1. Planteamiento. En el motivo se denuncia la "Infracción del artículo 477.1 en relación al artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre exhaustividad y congruencia en relación a la coherencia de las sentencias, por infracción de los artículo (sic) 24 en relación al artículo 9.3 de la Constitución en cuanto a la Tutela Judicial Efectiva por la indefensión que genera la sentencia hoy recurrida por la arbitrariedad de la misma".

La recurrente alega: (i) que la conclusión de la sentencia es absolutamente incongruente, ya que la Audiencia Provincial reconoce al menor madurez suficiente para expresar su voluntad sobre el desarrollo de la convivencia cotidiana, pero estima, en contra de su voluntad, aumentar el régimen de visitas a favor del padre; (ii) que el menor debe ser oído y tenido en cuenta a la hora de establecer cualquier medida que le afecte y que su interés debe prevalecer frente a cualquier derecho, interés o expectativa de otras personas; (iii) que la sentencia no solo es incongruente, sino dañina para la integridad psicológica del menor al ampliar el régimen de visitas a todos los jueves con pernocta en contra de su voluntad y de la recomendación reflejada en el informe psicosocial; (iv) que las visitas deben quedarse tal y como en su día las acordó el Juzgado de Primera Instancia con base en el acuerdo de los progenitores, no pudiendo ir el padre del menor contra sus propios actos; y (v) que no existiendo modificación de las circunstancias consideradas por la sentencia de divorcio no se puede pretender una modificación "per se" ni acordarla de manera arbitraria.

2. Decisión de la sala. El art. 92 CC dice, en su núm. 2, que:

"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 [...]".

Y añade en su núm. 6 que:

"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 [...]".

El art. 9 LOPJM dispone que:

"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."

Y el art. 770.4 LEC dice que:

"Si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad".

El Tribunal Constitucional ha declarado en la sentencia 53/2024, de 8 de abril, con cita de la 5/2023 y la 141/2000, que:

"[e]l derecho del menor a ser oído y escuchado forma parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos [...] existiendo una estrecha vinculación entre el derecho indisponible del menor a ser oído y escuchado, que forma parte del contenido de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa de las partes (art. 24.1 y 2 CE).".

Y nosotros en la sentencia 984/2023, de 20 de junio, hemos dicho:

"Esta sala se ha ocupado, igualmente, de la importancia y trascendencia que encierra tal derecho, siendo manifestación, al respecto, la contenida 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; 548/2021, de 19 de julio, y 577/2021, de 27 de julio, entre otras, de las que cabe extraer, en lo que ahora nos interesa, a modo de líneas directrices, las dos siguientes premisas:

"(i) la audiencia 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 audiencia 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.

"No es de extrañar, entonces, que en sentencias tales como las 548/2021, de 19 de julio, 577/2021, de 27 de julio y 308/2022, de 19 de abril, se decretase la nulidad de actuaciones para dar audiencia a los menores sobre las medidas que les afectaban personalmente".

En el presente caso no se ha oído de forma directa e inmediata al menor (que tenía más de diez años cuando se dictó la sentencia de primera instancia y más de doce cuando se pronunció la de apelación) ni se ha resuelto de forma motivada sobre dicha falta de audiencia. Nada han hecho ni dicho al respecto el órgano de primera instancia y el tribunal de apelación. Y esta doble omisión no es correcta, ya que no se ajusta a la normativa legal y a la doctrina jurisprudencial recién citada y de aplicación.

Por lo tanto, procede estimar el recurso de casación y anular la sentencia recurrida con retroacción de las actuaciones al momento anterior al de su dictado para que, antes de resolver sobre la modificación de medidas, el tribunal de segunda instancia haga efectivo el derecho del menor a ser oído sobre la custodia compartida y la ampliación del régimen de visitas con la posibilidad de poder conocer de forma directa e inmediata sus opiniones y deseos al respecto.

La solicitud del fiscal, que también propugna la estimación del recurso de casación, pero instando, con prioridad a la nulidad de la sentencia, que se acoja su propuesta o, en su caso, se confirme la resolución de primera instancia, al considerar que, pese a infringirse el derecho del menor a ser oído, "en una interpretación laxa de la regulación de la audiencia al menor podría considerarse parcialmente salvado este vicio por el hecho de que en segunda instancia la Audiencia Provincial acordó que se elaborase un informe pericial psicosocial en cuya elaboración fue escuchado el menor", no puede ser estimada, pues no solo dejaría sin corregir la omisión de dicho derecho que, como hemos dicho, forma parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, sino que incidiría en ella.

Además, el derecho del menor a ser oído por el tribunal no puede ser equiparado o suplido sin más por lo manifestado por aquel al equipo psicosocial que dictaminó sobre la opción de custodia y régimen de visitas más idónea y satisfactoria para su interés superior, tras admitirse la prueba propuesta para ello en la segunda instancia por el progenitor paterno (STEDH de 11 de octubre de 2016 asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c. España).

Tercero. Costas y depósitos

Al estimarse el recurso de casación no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes y se dispone la devolución del depósito para recurrir (art. 398.2 LEC y disposición adicional decimoquinta, apartado 8, LOPJ, respectivamente).

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 el recurso de casación interpuesto por D.ª Virtudes contra la sentencia dictada por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, con el n.º 381/2023, el 13 de abril de 2023, en el recurso de apelación 1575/2021, anularla y devolver las actuaciones al tribunal de segunda instancia para que, antes de volver a dictar sentencia, haga efectivo el derecho del menor a ser oído y escuchado sobre la custodia compartida y la ampliación del régimen de visitas, con posibilidad de conocer de forma directa e inmediata sus opiniones y deseos al respecto.

2.º- No imponer las costas del recurso de casación a ninguno de los litigantes, con devolución del depósito para recurrir.

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

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.