



Roj: **STS 4100/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4100**

Id Cendoj: **28079110012016100539**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/09/2016**

Nº de Recurso: **3391/2015**

Nº de Resolución: **560/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 21 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por don Luis Alberto , representado por la procuradora doña Beatriz Sordo Gutiérrez y bajo su propia dirección letrada, contra la sentencia dictada el 22 de septiembre de 2015 por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Salamanca en el recurso de apelación núm. 258/2015 dimanante de las actuaciones de Modificación de Medidas núm. 391/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Salamanca. Ha sido parte recurrida doña Julieta , representada por la procuradora doña Celia Fernández Redondo y bajo la dirección letrada de don Fernando Yagüe Gutiérrez. También ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora doña Susana Anitua Roldán, en nombre y representación de don Luis Alberto , interpuso demanda de juicio especial sobre Modificación de Medidas contra doña Julieta en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«1º. - Dé lugar a la modificación de las medidas adoptadas en la sentencia de 21 de junio de 2002, dictada en autos 171/2002 del Juzgado de Primera Instancia nº Cuatro de Salamanca , y así determine:

»A) Que la menor estará con el padre los martes y jueves, desde la salida del colegio hasta su reintegro al mismo en el día siguiente, así como los fines de semana alternos, desde la salida del colegio el viernes o el último día lectivo (puentes) hasta su reintegro al colegio el lunes o primer día lectivo en caso de coincidir con puentes.

»B) Que los períodos de vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa los disfrutará la menor por mitades partes, computando desde el último día lectivo hasta el primero de regreso a clase, siendo la primera mitad de Semana Santa y primera mitad de Navidad con el padre en los años pares y con la madre en los impares.

»C) En cuanto al verano, estará con el padre desde el uno de agosto hasta el inicio del curso, y con la madre desde el final del curso hasta el treinta y uno de julio.

»D) Ambos progenitores respetarán, a salvo compromisos adquiridos con tercero, los cambios que decida la menor o la elección de días distintos al régimen establecido en los apartados que anteceden, de manera que puedan tener lugar estancias con uno u otro según lo decida la menor para acortar el tiempo de ausencia con el que no corresponda o por el motivo que exprese la menor.

»2º. - Dé lugar a la modificación de las medidas acordadas en la Sentencia de 11 de abril de 2003, dictada en autos nº 625/2002 del Juzgado de Primera Instancia nº Cuatro de Salamanca , decretando:



»A) La supresión de la obligación de pago monetario de pensión de alimentos a cargo del padre y en cuenta de la madre, con efectos al uno de marzo de dos mil catorce (2014).

»B) La obligación para ambos progenitores de afrontar por mitades partes los gastos extraordinarios causados en sanidad y educación no cubiertos por los Sistemas Públicos, siempre que hayan sido adoptados de mutuo acuerdo o, en otro caso, decididos judicialmente, y de cualquier modo quedando a salvo situaciones de urgencia».

2.- La demanda fue presentada el 7 de marzo de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Salamanca y fue registrada con el núm. 391/2014 . Una vez admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El Fiscal se personó en el procedimiento mediante escrito de fecha 18 de marzo de 2014 en el que interesa «se dicte sentencia ajustada a derecho y conforme a los hechos que resulten probados».

4.- La procuradora doña Nuria Martín Rivas, en representación de doña Julieta , contestó a la demanda mediante escrito en el que se opone parcialmente a la demanda en los siguientes términos:

« 1º.- Nos oponemos a la propuesta planteada y nuestra posición respecto de los distintos puntos es la siguiente con relación a las medidas adoptadas por Sentencia de 21 de junio de 2002 :

»A) Régimen de visitas: a favor del padre, además de los fines de semana alternos en los términos fijados en la sentencia, admitimos que pernocte en casa del padre los martes.

»B) Conformes con la mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa, que básicamente es el régimen actual.

»C) Esta parte propone que las estancias sean por quincenas con cada progenitor.

»D) Nos oponemos frontalmente a que sea la voluntad de la hija la que decida estas cuestiones que se refieren en ese apartado del suplico.

» 2º.- Nos oponemos a la propuesta planteada y nuestra posición respecto de los distintos puntos es la siguiente con relación a las medidas adoptadas por sentencia de 11 de abril de 2003 :

»A.- Nos oponemos a la petición de supresión de alimentos a favor de la hija.

»B.- Con relación a los gastos extraordinarios nos remitimos literalmente a los términos de la sentencia que de contrario se pretende modificar».

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza sustituta del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Salamanca dictó sentencia núm. 242/2015 de fecha 13 de marzo de 2015 , con la siguiente parte dispositiva:

«DESESTIMO la demanda presentada por don Luis Alberto , representado por la procuradora de los tribunales doña Susana Anitua Roldán frente a doña Julieta , representada por la procuradora de los Tribunales doña Nuria Martín Rivas y, sin especial condena en costas a ninguna de las partes, DISPONGO que no procede la modificación de las medidas acordadas por la sentencia el 21 de junio de 2002 por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Salamanca en el procedimiento seguido con el número 171/2002 manteniéndose la guarda y custodia de la hija menor Belinda a favor de la progenitora con la excepción que la menor pernocte en el domicilio paterno los martes y alargar las visitas de fines de semana cuando coincidan con un puente escolar, y manteniéndose la pensión de alimentos a favor de ésta y a satisfacer por el progenitor, así como el abono por mitad de los gastos extraordinarios de la hija».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de don Luis Alberto .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Salamanca, que lo tramitó con el número de rollo 258/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 22 de septiembre de 2015 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Luis Alberto revocamos el fallo de la sentencia de instancia del 13 de marzo del 2015 procediendo a la modificación del régimen de guarda y custodia acordado en sentencia del 21 de junio de 2002 de manera que la menor permanecerá en compañía del padre los martes y jueves desde la salida del colegio hasta su reintegro al mismo en el día siguiente, en fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes o el último día lectivo hasta su reintegro al colegio el lunes el primer día lectivo, en caso de coincidir con puentes, disfrutando de los periodos de vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa por mitades computando desde el último día lectivo hasta el primer día de regreso a clases, permaneciendo la primera mitad de Semana Santa y la primera



mitad de Navidad en compañía del padre en los años pares y en compañía de la madre en los años impares. En cuanto a las vacaciones de verano la menor permanecerá con la madre desde el final del curso escolar hasta el 31 de julio y con el padre desde el 1 de agosto hasta el inicio del curso, desestimando el resto de las pretensiones del recurso de apelación, sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas de primera instancia y de este recurso».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La procuradora doña Beatriz Sordo Gutiérrez, en representación de don Luis Alberto , interpuso recurso de casación con base en un único motivo, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3º de la LEC , por infracción de las normas y doctrina aplicable al juicio (art. 477.1), permitido por razón de la materia y haberse resuelto contra la doctrina resultante de las Sentencias, cuyas copias se adjuntan.

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 2 de marzo de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«ADMITIR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Luis Alberto contra la sentencia dictada, con fecha 22 de septiembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 258/2015 , dimanante de los autos de juicio modificación de medidas definitivas nº 391/2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Salamanca».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por su parte el Ministerio Fiscal pidió la desestimación del recurso mediante informe de 12 de abril de 2016.

5.- Por providencia de 1 de julio de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 14 de septiembre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que a continuación exponemos:

1.- D. Luis Alberto formuló demanda de modificación de medidas definitivas adoptadas en anterior sentencia a fin de que la menor estuviera con el padre los martes y jueves, desde la salida del colegio hasta su reintegro al mismo en el día siguiente, así como los fines de semana alternos, desde la salida del colegio el viernes o el último día lectivo (puentes) hasta su reintegro al colegio el lunes o primer día lectivo en caso de coincidir con puentes; asimismo para que los periodos de vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa los disfrutara la menor por mitades partes, computando desde el último día lectivo hasta el primero de regreso a clase y en cuanto al verano, para que estuviera con el padre desde el uno de agosto hasta el inicio del curso y con la madre desde el final del curso hasta el 31 de julio, sistema que de facto suponía una custodia compartida, y que venía desde enero de 2014 llevándose a cabo por expreso deseo de la menor de pasar más tiempo con su padre y los hermanos nacidos de una nueva relación. Como consecuencia de lo anterior interesaba que se declarara la supresión de la pensión de alimentos fijada a cargo del padre con efectos al 1 de marzo de 2014, subsistiendo la obligación de pago por mitad de los gastos extraordinarios.

2.- En la contestación la madre se oponía a la pernocta de los jueves, a la vez que proponía que el reparto de las vacaciones escolares de verano lo fuera por quincenas, sin merma del reparto por mitad de todas las vacaciones. También se opuso a la supresión de la pensión de alimentos, negando que tuviera que ser la consecuencia lógica de un reparto igualitario de la custodia. El Ministerio Fiscal interesó la estimación de la demanda en cuanto al establecimiento de una custodia compartida en la forma que venía haciéndose.

3.- La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda. Pese al informe favorable del equipo psicosocial y del MF a una guarda y custodia compartida estimó que valorando las circunstancias que rodean a la menor no se daban las circunstancias para la guarda y custodia compartida, si bien accedió a la pernocta del martes y a alargar las visitas de fines de semana cuando coincidan con un puente escolar, manteniendo la pensión de alimentos a favor de la esposa, así como el abono por mitad de los gastos extraescolares.

4.- Se recurre en apelación por la parte demandante y se adhiere al recurso el MF en cuanto a que se estime la pretensión de guarda y custodia compartida y oponiéndose a la supresión del pago de la pensión de alimentos



con carácter retroactivo con efectos de 1 de marzo de 2014, entendiéndose que para el caso de que se estimara el recurso, habría de producirse desde la fecha de la sentencia.

5.- La sentencia de la AP estimó parcialmente el recurso interpuesto por el demandante modificando el régimen de guarda y custodia acordado en anterior sentencia, de manera que la menor permanecerá con el padre los martes y jueves desde la salida del colegio hasta su reintegro al mismo en el día siguiente, en fines de semanas alternos desde la salida del colegio el viernes o el último día lectivo hasta su reintegro al colegio el lunes o primer día lectivo en caso de coincidir con puentes, disfrutando de los periodos de vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa por mitades, computando desde el último día lectivo hasta el primer día de regreso a clase, permaneciendo la primera mitad de Semana Santa y la primera mitad de Navidad en compañía del padre en los años pares y en compañía de la madre en los impares y en cuanto al verano, la menor estará con la madre desde el final de curso hasta el 31 de julio y con el padre desde el 1 de agosto hasta el inicio del curso, desestimando el resto de las pretensiones. Para ello entendió que no se solicitaba estrictamente la guarda y custodia compartida, pero sí un régimen que se aproximaba extraordinariamente a la misma, por expreso deseo de la hija. Sin dudar que ambos progenitores eran idóneos para convivir con la menor, como así se ponía de manifiesto en el informe psicosocial y el Tribunal compartía, no compartía que fuera el criterio de la menor, de 14 años el que alterase el régimen judicialmente fijado. No obstante, entendiéndose que se está ante una situación consolidada de más de un año que funciona razonablemente bien, el criterio del MF, del equipo psicosocial, la edad de la menor, estima parcialmente el recurso y amplía al jueves la posibilidad de pernocta, precisando en cuanto a los puentes y las vacaciones lo ya expuesto anteriormente. No accede a la supresión de la pensión de alimentos al entender que no hay prueba suficiente que justifique la adopción de dicha medida, ya que la ampliación del régimen de permanencia con el padre viene produciéndose desde hace más de un año y si bien supone un mayor tiempo en compañía de este carece de relevancia a efectos de considerar que se ha producido una alteración sustancial de las condiciones para acordar su supresión. Añade que tampoco se ha acreditado un cambio sustancial en sus condiciones económicas.

6.- Se formula recurso de casación por la parte demandante, al amparo del art. 477. 2. 3º LEC por jurisprudencia contradictoria entre Audiencias provinciales. En su desarrollo alega que para la cuestión objeto de debate, a saber, si procede la supresión de la pensión alimenticia, no se han tenido en cuenta las circunstancias económicas de los progenitores ni la existencia de nuevos hijos, sino solo el hecho de una situación consolidada de hecho. Si la mitad del tiempo esta con un progenitor y la mitad con el otro, significa que los gastos ordinarios estén equilibrados y que cada uno de los progenitores sufrague los gastos de la hija o al menos esta se vea reducida. Así lo hacen en casos de guarda y custodia compartida las SSAP de Salamanca de 7 de julio de 2015 y 22 de abril de 2015, de Madrid (Sección 22ª) de 15 de julio de 2014, 23 de julio de 2015, 2 de diciembre de 2014, de Barcelona (Sección 12ª) de 31 de mayo de 2013, de Baleares (Sección 4ª), de Valencia (Sección 10ª) de 17 de junio de 2014. Aparte de lo anterior insiste que para el caso de accederse a su pretensión esta sería con efecto retroactivo desde el momento en que tuvo lugar, ya que de otro modo se generaría un enriquecimiento injusto. Cita en su apoyo la STS de 25 de septiembre de 2001 que aconseja llevar los efectos de la extinción de la pensión a la fecha de la demanda de modificación de medidas.

7.- La Sala dictó Auto el 2 marzo 2016 admitiendo el recurso de casación y, tras el oportuno traslado, se opuso a él en la parte recurrida, alegando previamente causa de inadmisibilidad.

8.- El Ministerio Fiscal se opuso a la estimación del recurso de casación por no acreditarse una variación sustancial de las circunstancias, debiendo respetarse la valoración que hace la Audiencia, y, además, porque se ha de tener en cuenta que no nos encontramos con una custodia compartida, sino con una resolución que amplía el régimen de visitas.

Recurso de Casación.

SEGUNDO.- *Decisión de la Sala.*

1.- Aunque es cierto que el interés casacional resulta endeble por cuanto no se interpone recurso extraordinario por infracción procesal, si es que el Tribunal de instancia hubiese incurrido en error patente en la valoración de la prueba a la hora de fijar los hechos que le sirven de sustento, también lo es que se plantean algunas cuestiones de valoración jurídica que pueden justificar que la Sala ofrezca respuesta.

2.- Al instar la supresión de la pensión de alimentos para la hija aduce la parte recurrente, como primera circunstancia relevante que justifica la modificación de la medida, el establecimiento de un régimen de guarda y custodia similar al de la custodia compartida; lo que supone que se deba fijar como alimentos para la menor la modalidad que la jurisprudencia contempla para esta clase de custodia.

Sin embargo tal circunstancia no puede ser tenida en cuenta. En primer lugar porque el régimen de guarda y custodia que se acuerda no es el de la compartida sino el de un progenitor custodio con un amplio régimen de



comunicación y visitas a favor de que no lo es. En segundo lugar porque el régimen de custodia compartida no siempre supone la supresión de la pensión de alimentos, sino que se habrá de estar a las circunstancias personales de ambos progenitores. No se eximirá del pago cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos o cuando uno de ellos no perciba salario o rendimiento alguno, pues la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da. De ahí que los pronunciamientos no sean uniformes aunque el régimen aplicable sea el de custodia compartida (SSTS 390/2015, del 26 junio ; 658/2015, de 17 noviembre y 33/2016, de 4 febrero).

Por tanto, lo que se debe indagar es si entre el régimen actual de la sentencia recurrida y el acordado en la sentencia de 21 junio 2002 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Salamanca , que modifica, existe un cambio sustancial y relevante que justifique la supresión o modificación de la pensión de alimentos de la menor.

3.- La citada sentencia de 21 junio 2002 estableció el siguiente régimen:

«a) todos los martes y jueves, desde la salida del colegio de la niña, o de no ser ese día lectivo, desde las 18 horas hasta las 20,30 horas.

»b) los fines de semana alternos, desde la salida del colegio el viernes, o de no ser ese día lectivo desde las 18 horas hasta las 20,30 horas del domingo.

»c) en Semana Santa, del Domingo de Ramos al miércoles Santo, en los años pares y del Jueves Santo al Domingo de Resurrección, en los impares.

d) en verano, en el mes de Agosto. En Julio, se suspende el régimen ordinario de visitas, estando la hija exclusivamente con la madre.»

La modificación consiste en que la menor pernoctará con el padre los martes y jueves, así como que las visitas con él en fines de semana que coincidan con un puente escolar se alargarán desde el comienzo del puente hasta la finalización del mismo. También se contempla con más precisión los periodos vacacionales de Navidad y semana Santa.

Tales modificaciones en lo afectivo son importantes para el recurrente y para la hija, pero a efectos de su influencia y relevancia en cuanto a los alimentos son nimias, por lo que no se entiende arbitraria ni ilógica la valoración jurídica del Tribunal de apelación.

4.- El hecho de que el progenitor no custodio rehaga su vida sentimental con otra persona y fruto de ello tenga descendencia puede ser circunstancia relevante para revisar la pensión de alimentos de la menor, pero siempre y cuando exista una prueba rigurosa, que aquí se echa en falta, de las circunstancias de esa nueva relación y su influencia notoria a efectos de sus obligaciones alimenticias para con todos sus hijos.

Así se ha venido pronunciando esta Sala. La sentencia 197/2008, de 3 octubre afirma

«Si el sustento del hijo es una carga del matrimonio, lo importante será conocer el caudal o medios con los que cuenta la nueva unidad familiar, para lo que se hacía preciso probar si la esposa contribuía económicamente al sostenimiento de dicha carga o por el contrario el sustento del hijo quedaba a expensas exclusivamente del marido, -situación ésta que sí redundaría en una disminución de su fortuna-, lo que no se hizo. Parece no reparar el recurrente en la importancia que tienen los ingresos de la esposa a la hora de dilucidar si la fortuna de aquel disminuyó, pues la ley determina el carácter ganancial de los rendimientos del trabajo constante matrimonio, y ello ha lugar a que la fortuna del mismo, lejos de disminuir, se viera incrementada a resultas de la convivencia con su nueva mujer.

Y la sentencia 250/2013, de 30 abril , con planteamiento introductorio a la respuesta más amplio, sostiene que:

«Sin duda el nacimiento de nuevos hijos, tanto en sede matrimonial normalizada como en otra posterior tras la ruptura, determina una redistribución económica de los recursos económicos de quienes están obligados a alimentarlos para hacer frente a sus necesidades. No es lo mismo alimentar a uno que a más hijos, pero si es la misma la obligación que se impone en beneficio de todos ellos. El hecho de que el nacimiento se produzca por decisión voluntaria o involuntaria del deudor de una prestación de esta clase, no implica que la obligación no pueda modificarse en beneficio de todos, a partir de una distinción que no tiene ningún sustento entre unos y otros, por más que se produzca por la libre voluntad del obligado. El tratamiento jurídico es el mismo pues deriva de la relación paterno filial. Todos ellos son iguales ante la Ley y todos tienen el mismo derecho a percibir alimentos de sus progenitores, conforme al artículo 39 de la Constitución Española , sin que exista un crédito preferente a favor de los nacidos en la primitiva unión respecto de los habidos de otra posterior fruto de una nueva relación de matrimonio o de una unión de hecho del alimentante.



»Es decir, el nacimiento de un nuevo hijo si que puede suponer una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de fijarlos a favor de los anteriores. Ahora bien, si el sustento del hijo es una carga del matrimonio, lo importante será conocer el caudal o medios con los que cuenta la nueva unidad familiar, para lo que se hace preciso probar si la esposa contribuía económicamente al sostenimiento de dicha carga o por el contrario el sustento del hijo quedaba a expensas exclusivamente del marido, -situación ésta que sí redundaría en una disminución de su fortuna-.»

En lo que aquí interesa supone que el nacimiento de un nuevo hijo no basta para reducir la pensión alimenticia del hijo o hijos habidos de una relación anterior, ya fijada previamente, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es ciertamente insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad, sin merma de la atención de las suyas propias, y valorar si es o no procedente redistribuir a capacidad económica del obligado, sin comprometer la situación de ninguno de los menores, en cuyo interés se actúa, y ello exige ponderar no solo las posibilidades económicas del alimentante sino las del otro progenitor que tiene también la obligación de contribuir proporcionalmente a la atención de los alimentos de los descendientes, según sean sus recursos económicos, prueba que no se ha hecho.

Por tanto, la mera circunstancia de una nueva relación sentimental, con descendencia fruto de ella, no constituye per se que sea relevante y sustancial para modificar la pensión de alimentos de la hija del anterior matrimonio. Sería preciso probar el sustrato fáctico ya mencionado, y, como se ha dicho, se echa en falta su acreditación.

TERCERO.- En atención a lo anteriormente razonado no procede la estimación del recurso de casación, y conforme a lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC , se imponen las costas al recurrente, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

FALLO

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

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Luis Alberto contra la sentencia dictada, con fecha 22 de septiembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 258/2015 , dimanante de los autos de juicio de modificación de medidas definitivas nº 391/2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Salamanca. **2º.**- Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza **3º.**- Imponer a la parte recurrente las cosas del recurso, con pérdida del depósito para recurrir

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

Así se acuerda y firma.