



Roj: **STS 3718/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3718**

Id Cendoj: **28079110012017100530**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/10/2017**

Nº de Recurso: **1130/2016**

Nº de Resolución: **564/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 427/2016,**  
**STS 3718/2017,**  
**AATS 1105/2018**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 17 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de enero de 2016, dictada en recurso de apelación núm. 543/2015, de la sección n.º 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio sobre modificación de medidas núm. 1082/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 24 de Madrid; recurso interpuesto ante la citada audiencia por D. Marco Antonio, representado en todas las instancias por la procuradora Dña. Pilar López Revilla, bajo la dirección letrada de Dña. María Almudena Bueno Fernández, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Paloma, representado por ella misma en su calidad de procuradora, bajo la dirección letrada de Dña. Elisa Slöcker Sáez y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-1.-** D. Marco Antonio, representado por la procuradora Dña. Pilar López Revilla y asistido de la letrada Dña. María Almudena Bueno Fernández, interpuso demanda de juicio para la modificación de las medidas acordadas en divorcio contra Dña. Paloma y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se acuerde:

»1.- Modificar la medida adoptada en relación a la guarda y custodia de la menor fijando la guarda y custodia compartida por ambos progenitores.

»2- Ampliar los días de estancia de la menor con su padre en dos días al año que se correspondan con las fechas NUM001, fecha de cumpleaños de su hermano Isidro, y NUM002, fecha de cumpleaños de su hermana Yolanda, de forma que Aida pueda ser recogida por su padre en el colegio al que asiste, merendar, cenar, compartir juegos con ellos y acostarse para ser reintegrada al día siguiente en el colegio a la hora de entrada, para el supuesto en que dichas fechas coincidiera con fines de semana, la recogida de la menor se realizaría a las 10 horas de la mañana y la entrega a las 21 horas en el domicilio materno y si las fechas coinciden con días de visitas en el domicilio paterno no se realizará modificación alguna.

»Fijar para las recogidas y entregas de la menor que sea el progenitor que la recibe el encargado de acudir al domicilio del otro progenitor para efectuar la recogida.



»3.- Suprimir la pensión de alimentos que se fijó en la sentencia de divorcio de 4 de abril de 2006 . Fijando que la cantidad con la que debe contribuir mi representado a los gastos escolares mensuales de la menor asciende a la suma de 165,24.-€ durante los 10 meses del curso escolar, cantidad que es el resultado de repartir al 50% los gastos escolares mensuales de la menor (cuota y comedor del colegio) durante los 10 meses de curso escolar más el prorrateo de los gastos anuales de uniforme, libros, material y gabinete y seguro escolar. Respecto a las necesidades de alimentación y vivienda cada progenitor se encargará de las mismas en el tiempo que la menor resida con ellos. Con expresa condena en costas.

»Con expresa imposición de costas a la demandada».

**2.-** La demandada Dña. Paloma , actuando en su propio nombre y representación en calidad de procuradora y bajo la dirección letrada de Dña. Ana María Berrocal Álvarez nombrada del turno de oficio, contestó a la demanda y formuló reconvencción.

Contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que se desestime la demanda formulada por D. Marco Antonio en todas sus pretensiones, manteniendo la pensión de alimentos que actualmente viene percibiendo la menor Aida a cargo de su padre y el 50% de los gastos extraordinarios, así como la guarda y custodia exclusiva para la madre, todo ello, con expresa imposición de costas a la parte demandante».

Y formuló demanda reconvenccional en la que solicita se dicte sentencia por la que:

«Se acuerde la supresión de la pernocta de las visitas intersemanales martes y jueves, de la menor al padre, días estos en los que éste podrá disfrutar de la menor y tenerla en su compañía desde la hora de salida del colegio de la menor y hasta las 20.00 horas en que deberá retornarla al domicilio materno, y siempre y cuando dichas visitas no obstaculicen o impidan que la menor pueda cumplir con sus obligaciones escolares.

»Se suprima la pernocta del domingo, debiendo ser reintegrada la menor en el domicilio materno a las 20.00 horas.

»Se establezca la obligación de notificación del lugar en el que se va a encontrar la menor el día de su cumpleaños ( NUM000 ), con anterioridad al 1 de junio, al igual que se prevé para la elección del turno de vacaciones ( sentencia de divorcio de 4 de abril de 2006 ), en orden a que cada progenitor pueda hacer uso de su derecho a disfrutar de la compañía de la menor durante dos horas, de modo que pueda organizarse con la suficiente antelación.

»Todo ello, con expresa imposición de costas al demandado reconvenccional».

**3.-** El fiscal contestó a la demanda y a la reconvencción suplicando al juzgado:

«Se dicte sentencia de conformidad con lo probado y acreditado en autos».

**4.-** D. Marco Antonio contestó a la reconvencción a través de su representación y defensa, con los hechos y fundamentos legales que estimó aplicables, suplicando al juzgado:

«Se venga a dictar sentencia por la que, con estimación de las medidas interesadas en la demanda de modificación de medidas de esta parte, se desestime la reconvencción, con expresa condena en costas de la parte demandada».

**5.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Madrid se dictó sentencia, con fecha 29 de diciembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Marco Antonio contra Dña. Paloma y desestimando todas las demás pretensiones del actor y de la demanda, debo declarar y declaro haber lugar a modificar parcialmente las medidas establecidas en la sentencia de divorcio de los litigantes de fecha 4 de abril de 2006 , recaída en los autos de divorcio núm. 1354/2005, confirmada en todos sus pronunciamientos, excepto el referido a cuantía de pensión alimenticia, por la dictada en apelación con fecha 24-10-2006, rollo apelación 715/2006, modificadas, en cuanto al régimen de visitas, comunicaciones y estancias de la menor con su padre (para ampliarlo) por las dictadas por este juzgado con fechas 27 de abril de 2009, autos de modificación 1086/2008, y 25 de enero de 2012, autos 482/2011, en el sentido siguiente:

»El padre, si no le correspondiere tener a la menor Aida en su compañía los días NUM001 o NUM002 de cada año, en virtud del régimen de estancias establecido, tendrá derecho a tenerla consigo dichos días, coincidentes con los días de los cumpleaños de los hermanos de un solo vínculo de Aida , Isidro y Yolanda , desde la salida del colegio a las 21 horas, si el día fuere lectivo, o desde las 11 a las 20 horas si el día fuere no lectivo.



»No procede imponer las costas de esta primera instancia a ninguna de las partes».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por las representaciones procesales de ambas partes, demandante y demandada, la sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 12 de enero de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación formulado por Dña. Paloma y el recurso de apelación formulado por D. Marco Antonio contra la sentencia dictada en fecha 29 de diciembre de 2014, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de los de Madrid , en autos de modificación de medidas seguidos, bajo el núm. 1082/13, entre dichos litigantes, debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada.

»No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en el presente recurso».

**TERCERO.- 1.-** Por D. Marco Antonio se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Custodia compartida de la menor. A) Infracción del art. 92 del Código Civil , al amparo de lo establecido en el art. 477.2.3.º de la LEC , en relación con el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 2011, el art. 39 de la Constitución , y el art. 2 de la Ley 1/1996 de Protección del Menor , ya que la sentencia recurrida se opone a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores y que viene recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de julio de 2011, 25 de mayo de 2012 , 8 de octubre de 2009 , 9 de marzo de 2012 , 19 , 25 y 29 de noviembre de 2013 y 26 de junio de 2015 entre otras muchas. Toda vez que la petición que se ha formulado en la demanda es la custodia compartida de menor, y la sentencia recurrida mantiene la custodia exclusivamente a cargo de la madre, a pesar que el equipo psicosocial mantuvo la capacidad del padre para el cuidado del menor; se produce una vulneración de todos los artículos citados en cuanto la menor tiene derecho a ser cuidada de forma compartida por ambos progenitores en un sistema que garantice su estabilidad emocional. B) Cambio de circunstancias. La evolución de las relaciones familiares y de la realidad social. La sentencia recurrida dictada por la Audiencia Provincial de Madrid no tiene en cuenta el cambio de circunstancias habidas desde la fecha de la sentencia de divorcio. Tales como la evolución natural de la niña y nacimiento de dos hermanos menores. Tampoco ha tenido en cuenta el hecho de que en el tiempo en que se decretó el divorcio un régimen de custodia compartido era incierto pero, en la actualidad, con la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo y de la propia sociedad esta situación tiende a normalizarse. La sentencia de la Audiencia Provincial petrifica la situación de la menor desde el momento del divorcio, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido por lo que nuevamente la valoración del interés de la menor no ha quedado adecuadamente salvaguardado.

Motivo segundo.- La cuestión resuelta por la sentencia recurrida versa sobre la guarda y custodia compartida, existiendo sobre la materia jurisprudencia contradictoria de las diferentes Audiencias Provinciales. Dicha sentencia vulnera también la doctrina de la sala más reciente sobre la custodia compartida, entre otras la sentencia de 25 de noviembre de 2013 y 26 de junio de 2015 , que resuelve sobre supuesto idéntico al que aquí se formula. En la exposición de motivos del anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación o divorcio, se comenta que las sentencias de la sala son la inspiración del modelo que va a seguir la futura ley, se regula la guarda y custodia compartida, no como un régimen excepcional, sino como una medida que se puede adoptar por el juez si lo considera conveniente, para la protección del interés superior del menor.

Motivo tercero.- En atención a las normas con menos de cinco años de vigencia se plantea que, en relación a la custodia compartida que el art. 92 de CC que se denuncia como infringido y sobre el que existe contradicción en su interpretación entre las sentencias de distintas Audiencias Provinciales de todo el territorio nacional, lo que da lugar a una gran incertidumbre. Tras la aprobación de leyes autonómicas se produce un trato desigual a los niños cuyos progenitores se separan o se divorcian según su lugar de nacimiento y en este sentido, la Comunidad Valenciana, Ley 5/2011 de Relaciones Familiares de los hijos y de las hijas, en su art. 5, y la del País Vasco Ley 7/2015, de 30 de junio , de relaciones familiares en supuesto de separación o ruptura de los progenitores, art. 9.

Motivo cuarto.- Reducción de la pensión de alimentos. Infracción del art. 24 de la Constitución al vulnerar los siguientes principios 1.- El principio de proporcionalidad, no puede existir proporcionalidad en la sentencia cuanto no se ha permitido la reducción de la pensión a pesar del cambio de las circunstancias económicas del padre y de la menor que ahora reside al 50% con ambos progenitores. 2.- Vulneración del derecho a la tutela judicial, por la inadmisión de hechos nuevos que se presentan documentalmente ante la Audiencia Provincial y que demuestran el despido del padre y su situación de desempleo. 3.- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto no se ha valorado la situación actual del padre y el nuevo régimen de estancias de la menor. Infracción del art. 14 de la CE por discriminación al establecer de forma desproporcionada el importe de la pensión y abonar por el padre por el hecho que a la fecha de la sentencia de divorcio el régimen



de visitas era diferente y suponía la necesidad de colaborar en la prestación del pago de alimentos y vivienda, en la actualidad dicha necesidad desaparece y sin embargo se mantiene suponiendo una discriminación para el padre. Infracción del art. 33.3 CE en cuanto al carácter confiscatorio y despatrimonializador de la pensión.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 14 de junio de 2017, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

**2.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Paloma, en su propio nombre y representación, presentó escrito de oposición al mismo, así mismo el Ministerio Fiscal solicita la desestimación de la casación.

**3.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 4 de octubre de 2017, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Antecedentes.

**1.-** La demanda.

- El demandante promueve el juicio de modificación de medidas acordadas en sentencia de divorcio (dictada en el año 2006), que ya ha sido objeto de dos modificaciones posteriores en cuanto al régimen de visitas del demandante (el padre) con su hija menor.

- Solicita la fijación del régimen de custodia compartida, subsidiariamente la ampliación del régimen de estancias con el padre, y la supresión de la pensión alimenticia fijando un régimen de contribución a ciertos gastos.

**2.-** Oposición a la demanda y reconvencción.

La madre demandada, además de oponerse a la demanda, formuló reconvencción para modificar el régimen de pernoctas de la menor con el padre.

**3.-** La sentencia de primera instancia.

Estimó en parte la demanda y desestimó la reconvencción. En esta sentencia solo se acordó una modificación del régimen de estancias de la hija menor con el padre, en orden a que estuviese con el padre en los cumpleaños de sus dos hermanos de vínculo sencillo, Yolanda y Isidro .

**4.-** La sentencia de segunda instancia.

Desestimó los recursos de apelación de ambos litigantes.

En lo que ahora interesa, la Audiencia Provincial consideró que no se había justificado por el demandante un cambio de circunstancias que, desde la premisa del interés de la menor, justifique la modificación del régimen de guarda y custodia atribuido desde el divorcio a la madre; y al no modificar el régimen de guarda, declara que no procede la modificación de la pensión alimenticia.

**5.-** El recurso de casación.

Se interpone por el padre demandante.

- Artículo 92 CC, en relación con el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño.

- Arts. 24, 33.3 y 39 CE .

- Art. 2 Ley 1/1996, de Protección del Menor .

- Interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de la sala en materia de custodia compartida.

- Interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en materia de custodia compartida.

- Proporcionalidad en la fijación de la pensión alimenticia.

**6.-** Posición del Ministerio Fiscal.

El fiscal se opuso -en fase de apelación- a la modificación del régimen de custodia por no haberse acreditado la modificación de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción, y se manifestó favorable a una leve ampliación del régimen de estancias.

En casación se opone al recurso.

**SEGUNDO** .- *Motivo primero . Custodia compartida . Motivo segundo y tercero.*

Se alegó por el recurrente como motivo primero:

«A) Infracción del art. 92 del Código Civil , al amparo de lo establecido en el art. 477.2.3.º de la LEC , en relación con el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 2011, el art. 39 de la Constitución , y el art. 2 de la Ley 1/1996 de Protección del Menor , ya que la sentencia recurrida se opone a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores y que viene recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de julio de 2011, 25 de mayo de 2012 , 8 de octubre de 2009 , 9 de marzo de 2012 , 19 , 25 y 29 de noviembre de 2013 y 26 de junio de 2015 entre otras muchas. Toda vez que la petición que se ha formulado en la demanda es la custodia compartida de menor, y la sentencia recurrida mantiene la custodia exclusivamente a cargo de la madre, a pesar que el equipo psicosocial mantuvo la capacidad del padre para el cuidado del menor; se produce una vulneración de todos los artículos citados en cuanto la menor tiene derecho a ser cuidada de forma compartida por ambos progenitores en un sistema que garantice su estabilidad emocional.

»B) Cambio de circunstancias. La evolución de las relaciones familiares y de la realidad social. La sentencia recurrida dictada por la Audiencia Provincial de Madrid no tiene en cuenta el cambio de circunstancias habidas desde la fecha de la sentencia de divorcio. Tales como la evolución natural de la niña y nacimiento de dos hermanos menores. Tampoco ha tenido en cuenta el hecho de que en el tiempo en que se decretó el divorcio un régimen de custodia compartido era incierto pero, en la actualidad, con la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo y de la propia sociedad esta situación tiende a normalizarse. La sentencia de la Audiencia Provincial petrifica la situación de la menor desde el momento del divorcio, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido por lo que nuevamente la valoración del interés de la menor no ha quedado adecuadamente salvaguardado.

»Desde nuestro punto de vista y a la luz de las motivaciones de la sentencia, parece que el desarrollo de la niña y el reparto al 50% en el actual régimen de visitas podrían justificar dicha modificación de medidas. El interés de la niña permite flexibilizar o matizar la concurrencia de un efectivo cambio sustancial de circunstancias, el Tribunal Supremo entiende que la sentencia de la Audiencia "tampoco ha tenido en cuenta el hecho de que en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta sala y de la propia sociedad"».

«Motivo segundo.- La cuestión resuelta por la sentencia recurrida versa sobre la guarda y custodia compartida, existiendo sobre la materia jurisprudencia contradictoria de las diferentes Audiencias Provinciales. Dicha sentencia vulnera también la doctrina de la sala más reciente sobre la custodia compartida, entre otras la sentencia de 25 de noviembre de 2013 y 26 de junio de 2015 , que resuelve sobre supuesto idéntico al que aquí se formula. En la exposición de motivos del anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación o divorcio, se comenta que las sentencias de la sala son la inspiración del modelo que va a seguir la futura ley, se regula la guarda y custodia compartida, no como un régimen excepcional, sino como una medida que se puede adoptar por el juez si lo considera conveniente, para la protección del interés superior del menor».

«Motivo tercero.- En atención a las normas con menos de cinco años de vigencia se plantea que, en relación a la custodia compartida que el art. 92 de CC que se denuncia como infringido y sobre el que existe contradicción en su interpretación entre las sentencias de distintas Audiencias Provinciales de todo el territorio nacional, lo que da lugar a una gran incertidumbre. Tras la aprobación de leyes autonómicas se produce un trato desigual a los niños cuyos progenitores se separan o se divorcian según su lugar de nacimiento y en este sentido, la Comunidad Valenciana, Ley 5/2011 de Relaciones Familiares de los hijos y de las hijas, en su art. 5, y la del País Vasco Ley 7/2015, de 30 de junio , de relaciones familiares en supuesto de separación o ruptura de los progenitores, art. 9».

**TERCERO** .- *Decisión de la sala.*

Se desestima el motivo así como los números 2 y 3 que son meros argumentos de la misma petición de custodia compartida.

El recurrente entiende que dado que *de facto* el tiempo de estancia de la menor con cada uno de los progenitores es del 50%, debe denominarse tal sistema, como custodia compartida.

Ello lo sustenta en el cambio de circunstancias acaecidas dado el tiempo transcurrido desde la sentencia de divorcio (4/4/2006 ), cuyas medidas de custodia se han modificado en dos posteriores procedimientos de



modificación de medidas, hasta conseguir que en la actualidad pase la niña Aida (21-4-2009) dos tardes con pernocta con cada progenitor y los fines de semana alternos, más la mitad de vacaciones para cada uno.

Como ha declarado esta sala, en los últimos años se ha producido un cambio notable de la realidad social y un cambio jurisprudencial, fundado en estudios psicológicos que aconsejan que la custodia compartida se considere como el sistema más razonable en interés del menor ( sentencias 390/2015, de 26 de junio, rec. 469/2014 y 758/2013, de 25 de noviembre, rec. 2637/2012 ).

La custodia compartida u otro sistema alternativo no son premio ni castigo a los progenitores sino el sistema normalmente más adecuado, y que se adopta siempre que sea el compatible con el interés del menor, sin que ello suponga, necesariamente, recompensa o reproche.

En el presente caso, la resolución recurrida funda la negativa del cambio de denominación del sistema de custodia por el de custodia compartida, en que la situación fáctica no ha cambiado.

Esta sala debe declarar que no cabe recurso de casación para obtener un cambio de denominación en el sistema de custodia, pues el régimen de visitas no varía, dado que el recurrente pretende mantener el mismo sistema de estancias de los menores, que el conseguido en la última modificación de medidas, de lo que se deduce que no hay un cambio sustancial de circunstancias que justifique la pretensión del recurrente ( arts. 90 f y 92 del C. Civil )

#### **CUARTO** .- *Motivo cuarto. Pensión alimenticia* .

Alega el recurrente como motivo cuarto:

«Reducción de la pensión de alimentos. Infracción del art. 24 de la Constitución al vulnerar los siguientes principios 1.- El principio de proporcionalidad, no puede existir proporcionalidad en la sentencia cuanto no se ha permitido la reducción de la pensión a pesar del cambio de las circunstancias económicas del padre y de la menor que ahora reside al 50% con ambos progenitores. 2.- Vulneración del derecho a la tutela judicial, por la inadmisión de hechos nuevos que se presentan documentalmente ante la Audiencia Provincial y que demuestran el despido del padre y su situación de desempleo. 3.- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto no se ha valorado la situación actual del padre y el nuevo régimen de estancias de la menor. Infracción del art. 14 de la CE por discriminación al establecer de forma desproporcionada el importe de la pensión y abonar por el padre por el hecho que a la fecha de la sentencia de divorcio el régimen de visitas era diferente y suponía la necesidad de colaborar en la prestación del pago de alimentos y vivienda, en la actualidad dicha necesidad desaparece y sin embargo se mantiene suponiendo una discriminación para el padre. Infracción del art. 33.3 CE en cuanto al carácter confiscatorio y despatrimonializador de la pensión.

»Se interesa la reducción de la pensión de alimentos de forma que los gastos de la menor sean asumidos al 50% por cada uno de los progenitores, el principio el régimen de guarda y custodia comporta que cada progenitor, con ingresos propios, atienda directamente los alimentos cuando tenga consigo a la hija. La pensión de alimentos que se fijó en la sentencia de divorcio de 4 de abril de 2006 , dado que la hija pasa el mismo período de tiempo al año con cada progenitor en el domicilio de estos cada uno de ellos, no resulta ajustada a derecho y no cumple la regla de atemperar los alimentos a las necesidades de los hijos y recursos de los padres - art. 93 CC ».

#### **QUINTO** .- *Decisión de la sala.*

Se desestima el motivo.

Carece de sentido que con los mismos días de estancia de la menor con el padre (antes y ahora), se pretenda dejar sin efecto la pensión alimenticia fijada en anterior sentencia, y ello porque no consta que eso suponga cambio de circunstancia económica alguna ( art. 91 C. Civil ).

El nacimiento de otros dos hijos de una nueva relación ( NUM002 -2009) y ( NUM001 -2011) no consta que impida al demandante hacer frente al pago de la pensión alimenticia, pues ello depende de su capacidad económica que no consta que quede afectada por el nacimiento de los nuevos hijos ( art. 93 C. Civil ), dado que con el importe del salario que se deduce de las nóminas y de la declaración de IRPF, goza de una desahogada situación económica.

En este sentido la sala ha declarado en sentencia 55/2016, de 1 de febrero , que la estancia paritaria de los menores en el domicilio de cada progenitor no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges ( art. 146 C. Civil ), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da.



Tampoco queda acreditado, como se declaró en la sentencia de apelación, que se encuentre en situación de desempleo, por todo lo cual se han respetado los principios constitucionales de igualdad y de proporcionalidad ( arts. 14 y 24 de la Constitución ).

**SEXTO** .- Procede la imposición al recurrente de las costas en casación, con pérdida del depósito para recurrir ( arts. 394 y 398 LEC ).

#### **FALLO**

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

**1.º**- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Marco Antonio , contra sentencia de fecha 12 de enero de 2016, dictada en apelación núm. 543/2015, de la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid .  
**2.º**- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos. **3.º**- Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente, con la pérdida del depósito constituido para recurrir. Librese 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO