



Roj: **STS 3397/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3397**

Id Cendoj: **28079110012022100616**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/09/2022**

Nº de Recurso: **6133/2021**

Nº de Resolución: **607/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 607/2022**

Fecha de sentencia: 16/09/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 6133/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/09/2022

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERÍA. SECCIÓN 1.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 6133/2021

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 607/2022**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 16 de septiembre de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso de casación e infracción procesal interpuesto por D.<sup>a</sup> Ruth , representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Carmen Rueda Rubio y bajo la dirección letrada de D. José Manuel Vicioso García, contra la sentencia n.º 481/2021, de 18 de mayo, dictada por la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Almería en el recurso de apelación n.º 392/2021, dimanante de los autos sobre modificación de medias en supuesto contencioso n.º 218/2019 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de DIRECCION000 . Ha sido parte recurrida D. Pelayo , representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Anastasia del Rosario del Cerro Merino y bajo la dirección letrada de D. Martín Rodríguez Hernández.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D. Pelayo interpuso demanda de modificación de medidas relativas a la guarda y **custodia** de la hija menor contra D.<sup>a</sup> Ruth , en la que solicitaba:

"modificar las medidas acordadas en sentencia número 67 dictada en autos 520/2015 de Modificación de Medidas supuesto contencioso de fecha 9 de mayo de 2016 tramitadas en este Juzgado, concediendo la Guarda y **Custodia** de la hija menor Adelina a su padre don Pelayo , siendo sustituidas aquellas medidas por las reflejadas en el hecho cuarto del presente escrito de demanda [Medidas que se solicitan:1.- La Patria Potestad sobre la menor Adelina corresponderá a ambos progenitores. 2.- La Guarda y **Custodia** de la menor será ejercida exclusivamente por el padre de ésta don Pelayo . 3.- Régimen de Visitas. Los progenitores se conceden la libertad plena para que cada uno pueda tener consigo a la hija, todo ello dentro del criterio de máxima flexibilidad, y atendiendo siempre primordialmente al interés de la menor, estableciéndose concretamente: El progenitor no custodio podrá visitar a su hija y tenerla los fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, o en su caso, del comedor escolar o actividad extraescolar, hasta el lunes a la hora del inicio de las clases, manteniéndose en todo lo demás el régimen acordado por ambos progenitores en la Sentencia número 164 dictada en el Procedimiento de Modificación número 1.475/2011 por el Juzgado de Primera Instancia e instrucción número 1 de DIRECCION000 . 4.- Pensión Alimenticia. En cuanto a la pensión por alimentos que la madre debe abonar a la menor se establece la cantidad de CUATROCIENTOS EUROS MENSUALES, (400,00 € / mes). La pensión alimenticia será revisada anualmente en la medida que lo haga el índice de Precios al Consumo IPC, o baremo similar que establezca el Instituto Nacional de Estadística y organismo que lo sustituya. 5.- Gastos Extraordinarios. La madre abonará la mitad de todos los gastos escolares, extraescolares y los médicos no cubiertos por la Seguridad Social, todo ello con exhibición de la correspondiente factura. En caso de discrepancia con el gasto y subsidiariamente, someterán su procedencia a la intervención de un mediador especializado en aras a evitar conflictos judiciales. 6.- Se mantiene en lo no recogido en los párrafos anteriores y en concreto el régimen sobre vacaciones el establecido en la Sentencia número 164 dictada en el procedimiento número 1475/2011 por este Juzgado], todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada".

2. La demanda fue presentada el 21 de febrero de 2019 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de DIRECCION000 , fue registrada con el n.º 218/2019. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. D.<sup>a</sup> Ruth contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda en su integridad, con expresa condena en costas a la parte actora.

4. El Ministerio Fiscal se personó en el procedimiento y contestó a la demanda.

5. Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de DIRECCION000 dictó sentencia de fecha 29 de septiembre de 2020, con el siguiente fallo:

"Que debo DESESTIMAR la demanda interpuesta por D. Pelayo frente a Dña. Ruth (sic)".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Pelayo .

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Almería, que lo tramitó con el número de rollo 392/2021 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 18 de mayo de 2021, con el siguiente fallo:

"Que estimamos el recurso de apelación formulado por D. Pelayo , frente a la sentencia de 29 de septiembre de 2019 dictada en los autos de Modificación de Medidas 218/2019 del que deriva la presente alzada, y;



- "1.- Revocamos la misma, acordando en sustitución de la anterior, modificar el régimen de **custodia** exclusiva de la madre, por un sistema progresivo de adaptación al de **custodia** compartida de la forma siguiente:
- "1. Durante los tres primeros meses, se mantiene el actual régimen de visitas a favor del padre, de fines de semana alternos, pero ampliado de jueves a la salida del instituto a lunes por la mañana, que el padre deberá dejarla en el instituto donde cursa estudios, además de las visitas intersemanales ya establecidas. Este período interrumpirá su cómputo, durante las vacaciones escolares, que se mantendrán distribuidas de la forma que se expresa a continuación.
- "Finalizado el período de vacaciones y reanudado y finalizado el cómputo de tres meses con fines de semana alternos, finaliza el régimen de adaptación, que debe cambiar al de **custodia** compartida semanal de la forma siguiente:
- "2. En virtud del derecho-deber que tienen los progenitores de velar por la hija menor de edad, cuando se encuentren bajo la **custodia** de uno u otro progenitor, deberán informarse mutuamente y de manera inmediata de cualquier circunstancia que acontezca respecto de la menor y que tenga carácter relevante y muy especialmente de cualquier enfermedad, favoreciendo y facilitando el contacto. Igualmente, ambos progenitores tendrán pleno derecho a asistir y recibir cuanta información requieran del centro de estudios donde está escolarizada en la actualidad.
- "3. La hija menor de edad quedará sometida a la guarda y **custodia** compartida de ambos progenitores, en régimen de permanencia SEMANAL, que se llevará a cabo de la siguiente manera:
- "- En período escolar, estará, semanas alternas con cada uno de sus progenitores, realizándose el cambio de la menor los lunes por la mañana a la entrada del centro escolar.
- "Entre semana el padre o madre no custodio, podrá comunicar con su hija todos los martes y jueves desde la salida del centro escolar hasta las 20:30 horas.
- "-El colegio o instituto al que debe asistir la menor será consensuado por ambas partes, y en su defecto, asistirá al mismo en el que ha estado cursando hasta la actualidad.
- "- Los períodos vacacionales se repartirán de la siguiente manera:
- "- El período vacacional de Semana Santa, será disfrutado por mitad por ambos progenitores, correspondiendo al padre la primera mitad desde el último día de colegio a la hora de salida del centro escolar, hasta el Miércoles Santo a las 20:00 horas en que devolverá a la menor al domicilio materno. La madre estará con la menor desde las 20:00 horas del día de Miércoles Santo, hasta el día de inicio del curso escolar a la entrada del colegio. El orden dispuesto será alternativo por años, de forma que al siguiente año, la primera mitad corresponderá a la madre, y así sucesivamente.
- "-El período vacacional de Navidad será repartido por mitades entre ambos progenitores de la siguiente manera: Se dividirá en dos períodos: el primero, desde la salida del colegio del último día de clase hasta el día 1 de enero a las 12:00 horas; y el segundo, desde las 12:00 horas del día 1 de enero hasta el día de inicio del curso escolar en la entrada del colegio. De modo alterno, corresponderá los años pares a la madre el primer período y los años impares al padre. El día de Reyes, el progenitor al que no le toque estar con la menor, podrá estar con el desde las 17:00 horas hasta las 20:00 horas.
- "-El período vacacional de verano se circunscribe el período de vacaciones escolares de julio y agosto, dividiéndose al período de vacaciones escolares de julio y agosto, dividiéndose por períodos de quince días los meses de julio y agosto, disfrutando la madre del menor la primera quincena, y el padre la segunda quincena, en los años pares, y a la inversa en los años impares. El período de vacaciones escolares de junio y septiembre, la menor continuará con el régimen de **custodia** compartida.
- "-Las entregas y recogidas de la menor se realizarán en el centro escolar, y, en los días de fiesta a la misma hora en que el menor tenga que entrar o salir del colegio, el progenitor que vaya a quedarse con el menor lo irá a recoger al domicilio del progenitor que ha ostentado la guarda.
- "-Para que la menor viaje fuera de España, requerirá el consentimiento de ambos progenitores.
- "4. En orden a la pensión por alimentos en cuantía de 400 € mensuales que veía sufragando el padre, debe quedar sin efecto. La madre trabaja como Asistente Social y el padre es Técnico de Puerto. En adelante desde la instauración del régimen de **custodia** compartida, la alimentación, y vivienda de la menor la sufragará el progenitor con quien esté semanalmente. Los demás gastos del menor, escolares y extraescolares consensuados, así como gastos ordinarios de ropa de la menor que no correspondan a la manutención, serán sufragados por ambos progenitores por mitad.



"2.- No se hace expresa condena en las costas procesales".

3. D.<sup>a</sup> Ruth , a través de su representación procesal, presentó escrito solicitando aclaración y rectificación de la anterior sentencia, que fue resuelto mediante auto de fecha 2 de junio de 2021, con la siguiente parte dispositiva:

"Que procede estimar la aclaración de la sentencia 481/21 de 18 de mayo de 2021 dictada en el RAC 392/21, que debe quedar redactada como seguidamente se expresa:

"1.- El encabezamiento de la sentencia debe quedar del modo siguiente:

""Apelante: Pelayo

"Procurador: Anastasia del Rosario del Cerro Merino

"Abogado: Martín Rodríguez Hernández

"Apelado: Ministerio Fiscal y Ruth .

"Procurador: María Dolores López González

"Abogado: Pedro Antonio Prado Cazorla".

"2.- En los hechos y Fundamentos de la sentencia, donde consta como segundo apellido D.<sup>a</sup> Juana ", debe decir " Ruth ".

"3.- Por último, con relación al traslado de documentos que se aportaron en la segunda instancia, no consta en este recurso, nuevos documentos como medios de prueba; ni incorporados ni admitidos en la segunda instancia, ni celebración de nueva vista, por lo que no cabe la petición de traslado efectuada por la parte apelada. Todo ello sin perjuicio de que la parte apelada, que se ha personado en este recurso con nueva defensa letrada, se de traslado del Acta de exploración de la menor, practicada en fecha 17 de mayo de 2021, para lo cual, tiene los autos a su disposición; a cuyo fin, hágase entrega de copia del Acta pudiendo efectuar en su caso, las partes alegaciones, si a su derecho interesan".

**TERCERO .- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación**

1. D.<sup>a</sup> Ruth interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del art. 469.1.2 de. la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los arts. 1 y 218 de la LEC causando indefensión contraviniendo el art. 24.1 de la CE.

"Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, por vulneración del artículo 24.1 CE, la resolución recurrida incurre en un error notorio o patente en la valoración de la prueba, al modificar el sistema de guarda y **custodia** a favor de la madre establecido en primera instancia".

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- Al amparo del número 1º del art. 477 de la LEC y número 3º del apartado 2 del art. 477 de la LEC por vulneración del art. 39.3 de la CE, art. 154 CC, 146 CC y reiterada jurisprudencia de esta sala siendo por tal motivo contradictoria la sentencia recurrida con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo".

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 las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 6 de abril de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por doña Ruth contra la sentencia dictada con fecha de 18 de mayo de 2021 por la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 392/2021, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 218/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de DIRECCION000 ".

3. Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación e infracción procesal, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4. Por providencia de 29 de junio de 2022 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 6 de septiembre de 2022, fecha en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes*

El presente recurso trae causa de una demanda presentada el 21 de febrero de 2019 por el Sr. Pelayo , padre de Adelina , nacida el NUM000 de 2008, para que se modifique el sistema de guarda y **custodia**, atribuida previamente en exclusiva a la Sra. Ruth , madre de la niña. El demandante solicitó la atribución de la **custodia** exclusiva y en el acto de la vista, subsidiariamente, solicitó la adopción de un sistema de **custodia** compartida.

Son antecedentes necesarios para la decisión del recurso los siguientes.

1. En su demanda, el Sr. Pelayo alegaba que el cambio solicitado venía avalado por los informes psicosociales y debía adoptarse en interés de la menor con el fin de preservar la relación con el padre y favorecer, en beneficio de Adelina , su integración en la familia que el padre había creado con otra pareja, y de la que formaban parte además una hija de esta última y otra niña que habían tenido en común.

Se razonaba que estas eran circunstancias diferentes a las existentes cuando se atribuyó en exclusiva la **custodia** de la niña a la madre, así como que la actitud de la madre de manipular a la menor y hacerla partícipe de los conflictos judiciales entre los progenitores, sometiéndola a un conflicto de lealtades, creaban un grave riesgo emocional para ella.

2. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda.

El juzgado razonó, en síntesis, que si bien podía compartir las conclusiones de los expertos de tratamiento y psicólogos familiares en cuanto a las graves consecuencias de la instrumentalización de la menor y la aparición de un conflicto de lealtades, no parecía recomendable atribuir la **custodia** exclusiva al padre ni tampoco se cumplían los criterios jurisprudenciales para una guarda y **custodia** compartida por mucho que la recomendaran los expertos y los psicólogos.

El juzgado señaló, a estos efectos: que la niña (nacida el NUM000 de 2008) quedó desde la separación al cuidado de la madre (la primera sentencia de medidas es de 4 de noviembre de 2009, seguidas de otras sentencias posteriores de modificación), que en la exploración manifestó que quería seguir con ella y que no existía ánimo de colaboración entre los padres por lo que, de imponerse esta medida, cabía esperar que se multiplicaran los conflictos que ya se habían producido hasta entonces (tres procedimientos anteriores sobre modificación de medidas, conflictos judicializados relacionados con el pago de gastos extraordinarios, denuncia del padre por presunta falsificación de documentos médicos para justificar la asistencia a clases de danza, conflicto relacionado con la supuesta celiaquía que según la madre padece y que exigiría cuidados específicos, pero que según los informes aportados no ha desarrollado, denuncia de malos tratos archivada, procedimientos de jurisdicción voluntaria sobre educación religiosa, ...).

3. El padre interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

La Audiencia Provincial estima el recurso, estima la pretensión subsidiaria del padre, y establece un sistema progresivo de adaptación a la guarda y **custodia** compartida.

Además, la Audiencia deja sin efecto la pensión de alimentos que venía sufragando el padre. Sobre este último particular la sentencia declara:

"La madre trabaja como Asistente Social y el padre es Técnico de Puerto En adelante desde la instauración del régimen de guarda y **custodia** compartida, la alimentación y vivienda de la menor la sufragará el progenitor con quién esté semanalmente. Los demás gastos del menor, escolares y extraescolares consensuados, así como gastos ordinarios de ropa de la menor que no correspondan a la manutención, serán sufragados por ambos progenitores por mitad".

4. Contra la sentencia de la Audiencia Provincial se interpone por la madre recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

### SEGUNDO.- *Planteamiento de los recursos*

1. El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en dos motivos.

En el primero, al amparo del ordinal 2º de art. 469.1 LEC, se denuncia la infracción de los arts. 1 y 218 LEC, en relación con el art. 24 CE, por falta de motivación de la sentencia impugnada respecto del cambio de guarda y **custodia** acordado.

En su desarrollo se argumenta que la sentencia recurrida se basa en los informes técnicos emitidos por especialistas, pero lo hace de modo parcial y no tiene en cuenta que también se dice que Adelina presenta una personalidad emocionalmente estable y no presenta sintomatología significativa en ninguna de las escalas



evaluadas; que Adelina ha manifestado el deseo de estar con su madre; que la madre ha tenido que reclamar el pago de algunos gastos, que hubo una denuncia por malos tratos que fue archivada, pero solo por no estar debidamente acreditados los hechos.

En el segundo motivo, al amparo del ordinal 4º de art. 469.1 LEC, se denuncia la infracción del art. 24 CE, por error notorio o patente en la valoración probatoria respecto de la modificación del régimen de guarda y **custodia**. En su desarrollo se argumenta que no concurren los requisitos jurisprudenciales para adoptar una **custodia** compartida, tal y como entendió el juzgado.

Dentro del apartado correspondiente al recurso extraordinario por infracción procesal y en el desarrollo de ambos motivos, al amparo del art. 477.2.3º LEC se denuncia: a) la infracción del art. 92 CC, con vulneración de los art. 2, 3, y 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del Menor, y del art. 39.4 CE. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1999 (Resolución A 3-0172/92, de 8 de julio) así como los arts. 92, 154 y 159 CC que consagran el interés del menor, principio de información del derecho de familia y jurisprudencia que lo desarrolla, así como lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

En este mismo apartado se añade que no ha existido motivación respecto de la supresión de la pensión de alimentos, y se reiteran los argumentos que se despliegan sobre esta cuestión en el recurso de casación.

2. El recurso de casación se funda en un único motivo en el que se denuncia la infracción del art. 39.3 CE y arts. 154 y 146 CC y la contradicción de la sentencia recurrida con la jurisprudencia de la sala (cita las sentencias de 26 de junio de 2015 y 11 de febrero de 2016).

En su desarrollo se argumenta que la **custodia** compartida no sería impedimento para el establecimiento de una pensión alimenticia cuando existe una notable diferencia entre los ingresos de los progenitores, y añade que, en el supuesto de autos, en un procedimiento anterior de modificación de medidas, la sentencia dictada por el Juzgado de Primera instancia n.º 1 de DIRECCION000 el 9 de abril de 2018 incrementó la pensión alimenticia desde la suma de 250 euros que venía pagado el padre hasta el importe de 400 euros mensuales en atención a que el padre había mantenido sus ingresos como técnico de puerto, mientras que la madre había sufrido un empeoramiento en su situación laboral al ver reducida su jornada.

#### **TERCERO.- Oposición de la parte recurrida e informe del Ministerio Fiscal**

1. En su escrito de oposición al recurso presentado por la parte recurrida se invocan causas de inadmisibilidad, a las que daremos respuesta al resolver los recursos. Así, denuncia falta de interés casacional e introducción como cuestión nueva de la desproporción entre los ingresos de los progenitores, sobre lo que según dice no se ha discutido en este procedimiento; afirma que el recurso hace supuesto de la cuestión, al basarse en hechos que no se han probado en la instancia; entiende que no concurre interés casacional por inexistencia de oposición a la jurisprudencia de la sala; por lo que se refiere a la denunciada falta de motivación en la adopción de la **custodia** compartida, alega que la sentencia se funda razonadamente en toda la prueba practicada (informes médicos, exploración de la menor, declaraciones de ambos progenitores y la documental que obra en las actuaciones); señala que se citan preceptos sustantivos en el recurso por infracción procesal y se invoca una denuncia por presuntos malos tratos que no consta en las actuaciones y de los que el ahora recurrido ha sido absuelto; añade que no hay error en la valoración de la prueba, que corresponde a la instancia, y que la sentencia se ha fundado razonadamente en toda la prueba practicada.

2. El Ministerio Fiscal por su parte interesa que, a pesar de las deficiencias técnicas del escrito del recurso, en aras al principio del interés del menor, se analicen conjuntamente los recursos por infracción procesal y casación, se case la sentencia y se restablezca la sentencia de primera instancia. Subsidiariamente interesa que, si se mantiene la **custodia** compartida, se estime el motivo de casación referido a la pensión de alimentos.

#### **CUARTO.- Decisión de la sala. Desestimación del recurso por infracción procesal y estimación del recurso de casación**

1. El recurso por infracción procesal y el recurso de casación son recursos extraordinarios sujetos a determinadas exigencias técnicas, derivadas de las normas que los regulan. El conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal, atribuido "provisionalmente" al Tribunal Supremo, cumple principalmente la función de remediar vicios que provocan la nulidad de los actos procesales o causan indefensión y, en su caso, evitar que el litigante deba acudir al recurso de amparo; solo puede fundarse en los motivos que establece el art. 469 LEC. El recurso de casación está sometido a unas rigurosas exigencias de interposición, en particular por lo que se refiere a las vías de acceso (cuantía del asunto o interés casacional) y al motivo (único) en el que puede fundarse el recurso, la infracción de normas sustantivas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso ( art. 477.1 LEC).



Con todo, la consideración del interés del menor como principio de orden público ha tenido una incidencia directa en la configuración de los principios de proceso civil y ha permitido, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta sala, mitigar el rigor formal y las exigencias técnicas de los recursos ante esta sala cuando está en juego el interés de un menor de edad.

Sobre este particular, la STC 178/2020, de 14 de diciembre, concluye:

"En síntesis, se debe señalar que en cualquier procedimiento de familia en el que se examinen cuestiones que afecten a bienes o derechos de los menores, sometidos a la tutela del orden público, ha de considerarse tempestivo u oportuno que el juez o el tribunal de oficio pueda adoptar las decisiones y medidas que estime ajustadas a los intereses tutelados, aunque no formen parte de las pretensiones deducidas en los escritos rectores del procedimiento o sean contrarias a las mismas y sin sujeción al principio de perpetuación de la jurisdicción. Porque al tratarse de una cuestión de orden público, no deben prevalecer las pretensiones de los progenitores, sino exclusivamente el real beneficio del hijo menor. También guiados por este principio, los órganos judiciales deben pronunciarse razonadamente sobre todos aquellos aspectos que puedan afectar al desarrollo de su personalidad ( art. 10 CE) y al ejercicio de sus derechos".

En cuanto al interés superior del menor como principio constitucional y canon de motivación de las resoluciones judiciales, la citada STC 178/2020 declara:

"Son muy numerosos ya los pronunciamientos en los que este tribunal ha insistido en la necesidad de que todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el art. 39 CE y atiendan de un modo preferente la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden público ( STC 141/2000, FJ 5). Deben procurararlo, incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (SSTC187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2, y 77/2018, de 5 de julio, FJ 2). Hemos advertido en todas aquellas ocasiones en las que se nos ha planteado una posible lesión del derecho fundamental de un menor, que su interés superior "inherente a algunas de las previsiones del art. 39 CE es, considerado en abstracto, un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales" ( STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7). En la STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4, se subraya que "[e]l interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores 'que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos', según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990. Como detalla la observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el citado precepto enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, a aplicar como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. Es uno de sus valores fundamentales, y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención. Añade que no hay jerarquía de derechos en la Convención: todos responden al 'interés superior del niño' y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del menor. [...] En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (FJ 4)".

2. En el caso que juzgamos, la recurrente no plantea un motivo de casación referido a la aplicación de los criterios para la adopción de la **custodia** compartida; técnicamente ese sería el cauce adecuado para plantear la infracción de los criterios legales y la contradicción de la sentencia recurrida con la interpretación jurisprudencial del sistema de guarda y **custodia** adoptado.

El único motivo del recurso de casación interpuesto, fundado en la existencia de interés casacional ( art. 477.2.3.º LEC), se refiere a la supresión de la pensión de alimentos, no a la adopción del sistema de **custodia** compartida. Ello conduciría, en estricta técnica casacional, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 de la disp. final 16.ª LEC, a la inadmisión de los motivos del recurso por infracción procesal referidos a la adopción del sistema de **custodia** compartida.

Con todo, la aplicación de la referida doctrina constitucional al presente caso aconseja que examinemos si, desatendiendo el interés del menor, que es un principio de orden público, se ha producido la vulneración denunciada sobre falta de motivación o error notorio en la valoración de la prueba al modificar el sistema de **custodia** compartida, tal y como se denuncia por la recurrente.

Por lo que decimos a continuación, la sentencia no adolece de falta de motivación ni incurre en error patente o notorio en la valoración de la prueba, por lo que procede desestimar los dos motivos del recurso por infracción procesal.



3. Es doctrina reiterada de la sala (por todas, con cita de otras anteriores, la sentencia 570/2022, de 18 de julio):

"[...] cabe admitir la existencia de motivación suficiente cuando la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el juzgador para llegar al resultado o solución contenidas en la parte dispositiva [...]. La motivación desacertada habrá de ser combatida a través de los oportunos motivos de casación puesto que la propia posibilidad de calificación sobre su desacierto pone de manifiesto que la motivación existió ...".

Valorar cuál es el interés del niño y adolescente constituye el principio o consideración primordial que debe inspirar todas las medidas concernientes a los menores ( SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3; 81/2021, de 19 de abril, FJ 2 y 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2), lo que significa que "todos los poderes públicos -incluido el judicial- deben velar por el superior interés y beneficio de los menores de edad" ( STC 185/2012, de 17 de octubre, FJ 2; en el mismo sentido, SSTC 127/2013, de 3 de junio, FJ 6; 167/2013, de 7 de octubre, FJ 5; 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 5; así como 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4).

En particular, esta sala exige que la motivación respecto del sistema de **custodia** de un menor valore el interés concreto de cada menor, más allá de las afirmaciones genéricas sobre las bondades del sistema de **custodia** compartida, evitando una protección del menor que sea aparente, puramente formalista y estereotipada (por todas, con cita de otras anteriores, sentencia 318/2020, de 17 de junio).

En el caso que juzgamos la Audiencia ha explicado cuidadosamente las razones por las que considera que el interés de Alba, dentro de la compleja y delicada situación familiar que refieren las dos sentencias de instancia, se encuentra mejor protegido mediante el sistema de **custodia** compartida. Ha considerado que es crucial para Adelina y para el desarrollo de su personalidad el fortalecimiento de los lazos afectivos familiares con su padre y con su hermana; con cita de la jurisprudencia de esta sala ha explicado que no es vinculante la opinión de Adelina, a quien ha escuchado, por estar mediatizada por un conflicto de intereses que desaconseja estar a lo que manifiesta; ha explicado que el conflicto de lealtades confirmado y propiciado por la madre, sin una justificación seria, fundada y real, es una alteración esencial de las circunstancias sobrevenida de modo paulatino que justifica la modificación de las medidas adoptadas previamente; también ha explicado que descarta la guarda individual del padre por resultar un cambio demasiado drástico y contraproducente y, en fin, ha optado por un sistema progresivo para favorecer la implantación del sistema de **custodia** compartida atendiendo a todos los informes elaborados por los equipos psicosociales.

En este caso, en definitiva, la sentencia no se limita a la simple exposición de una conclusión fáctica o jurídica, sino que razonadamente expone los argumentos que fundan su decisión, los conecta con lo actuado en el procedimiento y no alcanza un resultado paradójico o desproporcionado. La sentencia recurrida supera así con creces el requisito de motivación de las sentencias de acuerdo con el canon constitucional y jurisprudencial de esta sala, puesto que la motivación se satisface con la justificación causal del fallo, mediante la expresión de las razones de hecho y de derecho que integran el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión tomada, al margen de que satisfaga o no los intereses y pretensiones de las partes, y sin que sea preciso que rebata todos los argumentos empleados por ellas ( sentencias del Tribunal Constitucional 14/91, 28/94, 153/95 y 33/96, 8/2014, de 27 de enero, FJ 4 y 150/2021, de 13 de septiembre, FJ 3; sentencia de esta sala 364/2022, de 4 de mayo, y las que en ella se citan).

El primer motivo del recurso por infracción procesal, en consecuencia, se desestima.

4. Por lo que se refiere al error en la valoración de la prueba, es doctrina jurisprudencial la que sostiene ( sentencias 88/2019, de 13 de febrero, y 132/2019, de 5 de marzo; 7/2020, de 8 de enero, 31/2020, de 21 de enero; 144/2020, de 2 de marzo; 298/2020, de 15 de junio; 674/2020, de 14 de diciembre; 681/2020, de 15 de diciembre; 141/2021, de 15 de marzo y 456/2021, de 28 de junio, 706/2021, de 19 de octubre, 59/2022, de 31 de enero, 391/2022, de 10 de mayo, 545/2022, de 7 de julio, entre otras muchas):

"[...] de forma excepcional, se admite el control del material fáctico del proceso en los específicos supuestos de la existencia de un error patente o arbitrariedad en la apreciación probatoria, o por la concreta infracción de una norma legal tasada de valoración de la prueba, siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, no se supere el test de racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 de la Constitución".

Los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a los efectos del art. 469.1.4.º LEC, cuando concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error material o de hecho; es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con la circunstancia de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales ( sentencias 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015,





de 17 de febrero; 208/2019, de 5 de abril; 141/2021, de 15 de marzo; 59/2022, de 31 de enero y 391/2022, de 10 de mayo, entre otras).

En el caso que juzgamos, la Audiencia no comparte el criterio del juzgado, que no modifica el sistema de guarda, pese a reconocer la instrumentalización de la menor por la madre, valorando el bienestar de la menor inmediato (que identifica con que mantenga su *status quo*) y la expresión de su deseo de seguir viviendo con la madre; añade a ello la convicción de que el sistema de **custodia** compartida multiplicaría los conflictos.

La sentencia de la Audiencia discrepa de esa valoración porque advierte que el conflicto ya se ha producido, persiste y se agudiza, y el problema continuará agravándose si no se toman decisiones adecuadas e inmediatas. No se limita a hacer suya la opinión de los psicólogos, sino que llega a esta conclusión a partir de la valoración que realiza de la prueba, a la vista de todos los antecedentes, de la opinión que le merece la exploración que lleva a cabo de Adelina el 17 de mayo de 2021, así como, también, de los estudios e informes psicosociales que han estudiado a la familia (de 30 de julio de 2012, 2 de febrero de 2016, 21 de septiembre de 2018, 20 de diciembre de 2018, y 31 de julio de 2020). Partiendo de todo ello, la Audiencia razona por qué el bienestar inmediato de no introducir cambios y que expresa Alba en el sentido de querer permanecer con su madre no es lo más beneficioso para su futuro, así como que el deseo que expresa Adelina responde al conflicto de lealtades en el que se ha visto inmersa a favor de la madre.

Las conclusiones fácticas del tribunal provincial no resultan arbitrarias o irracionales a la vista de los datos que analiza, y la arbitrariedad o la irracionalidad sería la única posibilidad excepcional de control por parte de este tribunal a través del motivo de infracción procesal formulado.

En consecuencia, el segundo motivo del recurso por infracción procesal se desestima.

5. Por lo que se refiere a la impugnación de las razones sobre la supresión de la pensión de alimentos que se incluye en el recurso por infracción procesal, también con deficiente técnica, porque no se formula un motivo específico en el recurso por infracción procesal, en la medida en que se reiteran argumentos que se utilizan en el recurso de casación, nos remitimos a lo que al resolver este recurso decimos a continuación.

6. El motivo único del recurso de casación impugna la supresión de la pensión compensatoria. Por las razones que decimos a continuación, el motivo va a ser estimado.

El deber de alimentar a los hijos menores es un contenido natural y esencial derivado de la filiación. El régimen de **custodia** compartida no siempre supone la supresión de la pensión de alimentos, sino que habrá de estarse en cada caso a las circunstancias personales de ambos progenitores. No procede eximir del pago cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos o cuando uno de ellos no perciba salario o rendimiento alguno. En particular, la sala ha declarado 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 CC), ya que la cuantía de los alimentos es proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da ( sentencias 564/2017, de 17 de octubre, y 55/2016, de 11 de febrero). De ahí que, como observa el Ministerio fiscal en su informe, los pronunciamientos de esta sala no sean uniformes, aunque el régimen establecido sea el de **custodia** compartida ( sentencias 390/2015, del 26 junio, 658/2015, de 17 noviembre, y 33/2016, de 4 febrero).

En el presente caso consta en las actuaciones, y la propia sentencia recurrida menciona, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de DIRECCION000 de 9 de abril de 2018 que, en el marco de la guarda exclusiva que tenía atribuida entonces la madre, elevó de 250 a 400 euros mensuales la pensión compensatoria a cargo del padre. Esa sentencia valoró que, en atención a la edad de la niña, sus gastos se habían incrementado y que la situación laboral y económica de la madre había sufrido un empeoramiento, mientras que la del padre, que convivía con otra pareja, con la que tenía otra hija, se había mantenido respecto del momento en el que firmaron el convenio.

La sentencia ahora recurrida modifica el sistema de guarda y establece la supresión de la pensión compensatoria con el simple argumento de que la madre trabaja como asistente social y el padre es técnico de puerto, de modo que cada uno de ellos debe sufragar los gastos durante el tiempo en que Adelina se encuentre en su compañía. Al prescindir del dato de la peor situación económica de la madre que se valoró en la sentencia de 9 de abril de 2018 para incrementar la pensión que debía pagar el padre, la sentencia recurrida es contraria a la doctrina de esta sala, pues en atención a ese dato, en el presente caso la adopción de la **custodia** compartida no debe ir unida a la supresión de la pensión alimenticia a cargo del padre.

En su escrito de oposición al recurso, el recurrido además de negar la existencia de interés casacional (que sí ha quedado justificado por la cita de las sentencias que hemos mencionado), también apunta que la desproporción de ingresos es una cuestión nueva sobre la que no se ha practicado prueba en este procedimiento.



Este argumento del padre no puede ser atendido, no solo porque se trata de la fijación de una pensión de alimentos a favor de la menor, cuestión de orden público, sino porque la sentencia recurrida se pronuncia y suprime la pensión, dando por supuesto que es consecuencia natural de la adopción del sistema de **custodia** compartida, sin valorar la situación económica de la madre que sí tuvo en cuenta la sentencia de 9 de abril de 2018, sentencia aportada por el propio demandante ahora recurrido junto con su demanda, y que pudo argumentar al respecto lo que considerara ajustado a su derecho.

La estimación del recurso de casación determina que asumamos la instancia y, al hacerlo, debemos partir de que la cantidad de 400 euros se fijó teniendo en cuenta la **custodia** exclusiva de la madre. En el sistema de **custodia** compartida en régimen de permanencia semanal establecida por la Audiencia, se incrementa de manera importante el tiempo que el padre tiene a Adelina en su compañía, de modo que prudencialmente, ponderando que también se ve reducido el tiempo que la madre tendrá a la niña en su compañía, procede fijar en 200 euros mensuales la pensión de alimentos a cargo del padre desde la instauración del régimen de **custodia** compartida.

En el escrito del recurso de casación la recurrente también cuestiona, de modo genérico, que la sentencia recurrida no tenga en cuenta la situación económica de los progenitores por lo que se refiere a los demás gastos que no se correspondan con la manutención, y que la sentencia imputa por mitad a ambos progenitores por mitad. Este argumento no puede ser atendido, porque la citada sentencia de 9 de abril de 2018, por la que se incrementó la pensión de alimentos a cargo del padre en atención al empeoramiento de la situación económica de la madre, mantuvo inalterada la cláusula del convenio suscrito por las partes, que establecía el pago por mitad. No se han argumentado ni justificado razones para modificar ese criterio.

**QUINTO.-** Se imponen las costas del recurso por infracción procesal a la recurrente, dada su desestimación.

No se imponen las costas del recurso de casación dada su estimación.

Se mantiene la no imposición de costas de las instancias.

## FALLO

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

**1.º-** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por Ruth contra la sentencia dictada con fecha de 18 de mayo de 2021 por la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 392/2021, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 218/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de DIRECCION000 .

**2.º-** Casar parcialmente la sentencia recurrida en el único sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento contenido en el apartado 1.4 de su fallo en cuanto dice: "En orden a la pensión por alimentos en cuantía de 400 € mensuales que veía sufragando el padre, debe quedar sin efecto. La madre trabaja como Asistente Social y el padre es Técnico de Puerto. En adelante desde la instauración del régimen de **custodia** compartida, la alimentación, y vivienda de la menor la sufragará el progenitor con quien esté semanalmente". En su lugar, establecer que: "En orden a la pensión por alimentos, desde la instauración del régimen de **custodia** compartida, el padre abonará 200 euros mensuales, actualizables conforme al IPC", manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia, incluido el resto del apartado 1.4 de su fallo.

**3.º-** No imponer las costas del recurso de casación y ordenar la restitución del del depósito constituido para su interposición.

**4.º-** No imponer las costas de primera y segunda instancia.

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

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

Así se acuerda y firma.