



Roj: **STS 3565/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3565**

Id Cendoj: **28079110012022100640**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/09/2022**

Nº de Recurso: **3100/2021**

Nº de Resolución: **632/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 632/2022

Fecha de sentencia: 29/09/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3100/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/09/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN 6ª

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

Transcrito por: EMGG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3100/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 632/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 29 de septiembre de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D^a. Ana , representada por la procuradora D.^a Marta Saint-Aubin Alonso y bajo la dirección letrada de D.^a Cecilia Pérez Raya, contra la sentencia núm. 3/2021, de 4 de enero de 2021, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga en el rollo de apelación núm. 707/2019, dimanante del juicio de modificación de medidas núm. 328/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Málaga. Ha sido parte recurrida D. Valeriano , representado por el procurador D. Javier Cervera Rodríguez y bajo la dirección letrada de D. Fernando Pérez Muñoz.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. La procuradora doña Ana María Rodríguez Fernández, en nombre y representación de don Valeriano , interpuso una demanda contra doña Ana promoviendo la modificación de las medidas definitivas relativas a la guarda y custodia de su hijo menor, Carlos Daniel , adoptadas en el procedimiento de divorcio núm. 551/2012, al amparo de lo establecido en el artículo 775 de la LEC y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

"[...]1º.- Otorgar la Guardia y Custodia del niño Carlos Daniel a su padre, Don Valeriano .

" 2º.- Otorgar Régimen de visitas a favor de la madre, Doña Ana .

" 3º.- Dejar sin efecto para uso y disfrute familiar a la vivienda CALLE000 , número NUM000 .

" 4º.- Dejar sin efecto la obligación de pago de alimentos por parte de Don Valeriano , ya que se haría cargo de su hijo".

2. Acordada la admisión a trámite de la demanda por decreto de 12 de marzo de 2018 y conferido traslado a la parte demandada y al Ministerio Fiscal, se personaron y contestaron a la demanda en tiempo y forma. Se convocó a las partes a juicio, se practicó la prueba propuesta y admitida y emitidas conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos y pendientes de dictar sentencia.

3. La magistrada del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Málaga dictó la sentencia n.º 730/2018 de fecha 12 de noviembre de 2018 en el Juicio de Modificación de Medidas número 328/2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"[...] FALLO:

Se estima la demanda interpuesta por D. Valeriano contra D^a. Ana , y se acuerda como modificaciones respecto a las medidas establecidas en el procedimiento de divorcio n.º 551/12 de este Juzgado, con efectos desde la fecha de esta sentencia, los siguientes:

1º.- La guarda y custodia del hijo común se atribuye al padre, quedando la titularidad y ejercicio de la patria potestad compartida entre ambos progenitores. Este ejercicio conjunto supone que las decisiones importantes relativas a al/los menores serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo y en caso de discrepancia resolverá el Juzgado conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil. A título indicativo son decisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad las relativas a las siguientes cuestiones:

a) Cambio de domicilio del menor fuera del municipio de residencia habitual y traslado al extranjero salvo viajes vacacionales.

b) Elección inicial o cambio de centro escolar.

c) Determinación de las actividades extraescolares o complementarias.

d) Celebraciones sociales y religiosas de relevancia (bautismo, primera comunión y similares en otras religiones).

e) Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos.

Se reconoce al progenitor no custodio el derecho a obtener información sobre la marcha escolar de el/los menor/es y a participar en las actividades tutoriales del centro. Igualmente podrá recabar información médica sobre los tratamientos de su/s hijo/s.



2º.- Se acuerda que las visitas del menor con la progenitora no custodia serán inicialmente en el Punto de Encuentro Familiar, tuteladas, una vez cada quince días, con una duración mínima de un hora, en tanto no exista medida de carácter penal que lo impida. Dicho régimen de visitas se irá ampliando progresivamente en ejecución de sentencia, tanto en su duración como en sus circunstancias, previo informe del Equipo Técnico, recabando informe del Punto de Encuentro y de la evolución del tratamiento familiar.

3º.- Se acuerda que las partes deberán acudir junto con su hijo menor de edad a tratamiento familiar ante el profesional o entidad que los mismos designen de común acuerdo.

4º.- Se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar sito en la CALLE000 nº NUM000 de Málaga al menor junto con su padre custodio, debiendo cesar en dicho uso la demandada, quien deberá hacer entrega del inmueble al actor en el plazo de diez días desde la notificación de esta sentencia, bajo apercibimiento de desalojo. Los gastos de suministros del inmueble serán abonados por el actor desde el momento que ostente el uso de la vivienda.

5º.- Se fija como pensión alimenticia para el hijo la cantidad mensual de 150 euros, que deberá ingresar la madre dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente o libreta de ahorro que el padre designe ante este Juzgado, y en doce mensualidades anuales. Dicha cantidad se incrementará o disminuirá conforme a las variaciones del índice General de Precios al Consumo (I.P.C.) actualizándose anualmente de forma automática el 1º de Enero de cada año. La referida cantidad se ingresará de una sola vez, no pudiendo ser sustituida por regalos o pago en especie de ningún tipo, devengando en forma automática el interés legal una vez transcurrido el mes natural de su pago.

Los gastos extraordinarios se abonarán al 50% entre ambos progenitores, entendiéndose por tales los sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social, las clases de apoyo, entre otros.

Se deja sin efecto la pensión de alimentos establecida en el previo procedimiento de divorcio n.º 551/12 con cargo al padre.

6º.- Se requiere a ambos progenitores para que se abstengan de realizar cualesquiera conductas, actividades o hechos, que directa o indirectamente puedan dificultar o impedir el cumplimiento del régimen de medidas acordado, así como de cualquier otra acción que pueda perjudicar al menor en su relación con cualquiera de los progenitores, no realizando ningún tipo de comentario o conducta que pueda influir negativamente en el ánimo disposición del hijo, teniendo siempre presente los intereses del menor.

7º. Se imponen las costas del presente procedimiento a la parte demandada".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de Ana , al que se opusieron la parte demandante y el Ministerio Fiscal interesando la confirmación de la sentencia. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, a la que correspondió el conocimiento del recurso, dictó la sentencia n.º 3/21, de 4 de enero de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don José Luis López Soto en nombre y representación de Doña Ana , debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada el día 12 de noviembre de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia número Dieciséis de Málaga en el Juicio de Modificación de Medidas número 328 de 2018, e imponemos a la parte apelante las costas del recurso".

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

1. Contra esta sentencia la representación procesal de Doña Ana interpone en tiempo y forma recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

1.1 Se invocan dos motivos para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, que enuncia con los siguientes encabezamientos:

"[...] 1) Es motivo de impugnación, al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.4º LEC, por vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes que causa indefensión del art 24.2 CE, al desestimar la práctica de la prueba pericial interesada consistente en informe por equipo psicológico adscrito al juzgado de familia.

2) Es motivo de impugnación, al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2º LEC la insuficiencia de motivación del art. 218.2" de la LEC en relación con el art. 120 CE en cuanto a la aplicación del art. 96.1 del CC. respecto de la concesión del uso y disfrute de la vivienda familiar al padre e hijo menor; así como respecto a lo indicado en el art. 146 CC y 96 CC en relación a la suspensión temporal de la pensión de alimentos a abonar interesada por esta parte".



1.2 El recurso de casación, formulado al amparo de lo establecido en el artículo 477.3.2º de la LEC invoca como primer motivo "[...]la infracción de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la aplicación del art. 96 CC. En relación a la concesión del uso y disfrute de la vivienda".

Y como segundo motivo "[...]la infracción de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la aplicación de la suspensión temporal de la pensión de alimentos solicitada en relación con el art. 93 CC. En relación con el art. 146 CC".

2. Recibidas las actuaciones en esta sala, por providencia de fecha 22 de septiembre de 2021 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos a las partes personadas y por auto de fecha 1 de diciembre de 2021 se acordó admitir el motivo segundo de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal e inadmitir el primer motivo de casación. Se confirió traslado del citado auto a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito. Conferido traslado al Ministerio Fiscal, en base a las argumentaciones que expone en su escrito de 28 de enero de 2021 solicita la estimación del recurso de casación interpuesto.

3. Por providencia de fecha 3 de marzo de 2022 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista pública, señalándose por providencia de 22 de julio de 2022 el día 13 de septiembre de 2022 para la votación y fallo, fecha en la que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. D. Valeriano interpuso contra D.ª Ana una demanda solicitando la modificación de las medidas acordadas en el convenio regulador aprobado por la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Málaga, con el número 638/12, el 8 de octubre de 2012.

Concretamente, pidió que se acordara:

"1º.- Otorgar la Guardia y Custodia del niño Carlos Daniel a su padre, Don Valeriano .

"2º.- Otorgar Régimen de Visitas a favor de la madre, Doña Ana .

"3º.- Dejar sin efecto para uso y disfrute familiar a la vivienda CALLE000 , número NUM000 .

"4º.- Dejar sin efecto la obligación del pago de alimentos por parte de Don Valeriano , ya que se haría cargo de su hijo".

2. La demandada se opuso a la demanda y solicitó su desestimación con imposición de costas al demandante. El Fiscal interesó que se dictara sentencia de conformidad con el resultado que arrojaran las pruebas.

3. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda atribuyendo la guarda y custodia del menor al padre, asignando el uso y disfrute del domicilio familiar al menor y al padre custodio, y fijando una pensión alimenticia de 150 euros al mes a cargo de la madre.

4. Disconforme con la sentencia anterior, la demandada interpuso recurso de apelación en el que alegó:

Sobre la atribución al padre de la guarda y custodia, por un lado, que se había vulnerado su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, así como el derecho a obtener una respuesta motivada sobre lo pretendido, "[...] en relación con la denegación de la prueba pericial por el equipo psicológico adscrito al Juzgado interesada por esta parte, que genera la nulidad de la sentencia dictada, con retroacción de las actuaciones al momento anterior del juicio en que debió acordarse su práctica. [...]"; y por otro lado, error en la valoración de la prueba.

Sobre la asignación del uso y disfrute del domicilio familiar al menor y al padre custodio, la indebida aplicación del art. 96.1º CCv.

Y sobre la pensión de alimentos, que se debía acordar la suspensión temporal de su abono en el importe fijado de 150 € en tanto no obtuviera ingresos de alguna clase.

5. La Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto por la demandada, confirmó la sentencia de primera instancia e impuso a aquella las costas de la apelación. El tribunal de segunda instancia dice que no debe confundirse la prueba pericial de parte con la facultad que corresponde únicamente al tribunal de auxiliarse de los miembros del equipo técnico judicial, lo que, según anota a continuación, en el presente caso no era necesario al existir múltiples informes poniendo de manifiesto que el menor, bajo la custodia de la madre, se encontraba en una situación de riesgo, además de haber manifestado aquel el deseo de estar con su padre, lo que entiende no constituye un simple capricho cuya acogida pudiera perjudicarle, sino expresión de



una voluntad que, dadas las circunstancias, debe ser respetada, al primar el interés superior del menor sobre los intereses, preferencias o comodidades de sus progenitores.

Así las cosas, la Audiencia Provincial concluye que:

"[...] en este momento no es posible otra resolución que el mantenimiento de la guarda y custodia monoparental por parte del padre, lo que conlleva el cambio en las demás medidas de visitas alimentos y uso de la vivienda familiar, y todo ello sin perjuicio del derecho de la madre, cuando evolucionen estas circunstancias, a solicitar otra modificación de las medidas".

6. La demandada-apelante (ahora recurrente) ha interpuesto recurso de casación por interés casacional, así como recurso extraordinario por infracción procesal, en ambos casos con fundamento en dos motivos.

El motivo primero de casación denuncia la "[...] infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la aplicación del art. 96 CC en relación a la concesión del uso y disfrute de la vivienda".

El motivo segundo de casación denuncia la "[...] infracción de la jurisprudencia del Tribunal Suprem (sic) en relación a la aplicación de la suspensión temporal de la pensión de alimentos solicitada en relación con el art. 93 del CC en relación con el art. 146 CC".

El motivo primero por infracción procesal denuncia la "[...] vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes que causa indefensión del art. 24.2 CE, al desestimar la práctica de la prueba pericial interesada consistente en informe por equipo psicológico adscrito al Juzgado de Familia".

Y el motivo segundo por infracción procesal denuncia la "[...] insuficiencia de motivación del art. 218.2 de la LEC en relación con art. 120 CE en cuanto a la aplicación del art. 96.1 del CC respecto de la concesión del uso y disfrute de la vivienda familiar al padre e hijo menor; así como respecto a lo indicado en el art. 146 CC y 96 CC, en relación a la suspensión temporal de la pensión de alimentos a abonar interesada por esta parte".

Los motivos, a salvo el primero del recurso de casación, han sido admitidos.

El demandante-apelado (ahora recurrido) ha alegado, en relación con el recurso extraordinario por infracción procesal, causas de inadmisión, oponiéndose al recurso de casación y solicitando la confirmación íntegra de la resolución recurrida, con imposición de costas a la recurrente.

La fiscal solicita la estimación del recurso de casación en el único sentido de rebajar a 80 euros la pensión de alimentos, sin perjuicio de su revisión en caso de que mejore la capacidad económica de la recurrente.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO. Causas de inadmisión. Decisión de la sala

1. El recurrido sostiene que procede "[...] la inadmisión del 2º motivo del recurso extraordinario por infracción procesal que denuncia la motivación insuficiente al resolver el uso de la vivienda familiar". Alega en este sentido que: "La disposición final 16ª, regla 5ª, apartado 2º LEC, establece que solo procederá resolver sobre la admisibilidad del recurso de infracción procesal cuando sea admisible el recurso de casación interpuesto conjuntamente". Añadiendo a continuación que: "En nuestro supuesto de hecho, el primer motivo del recurso de casación fundado en infracción del art. 96 CC, en relación a la concesión y uso de la vivienda familiar al padre, ha sido inadmitido. Ello conduce inexorablemente a la inadmisión del 2º motivo del recurso extraordinario por infracción procesal por motivación insuficiente al resolver el uso y disfrute de la vivienda familiar".

Dice también que procede "[...] la inadmisión del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal que denuncia la vulneración del derecho a usar los medios de pruebas que provoca indefensión", puesto que "[...] la sala rechazado la prueba de una forma razonada y razonable al no concurrir los requisitos de necesidad y relevancia, dado que no constaba un único informe sino varios informes y todos coincidían en señalar la situación de riesgo en que se encontraba el menor derivada de la inadecuada atención de la madre que ejercía la guarda y custodia hasta el punto de que en atención a dicha situación ya había sido suspendida tanto en un proceso penal como en otro de jurisdicción voluntaria habiendo oído al menor manifestando su deseo de vivir con el padre, de manera que un nuevo informe nada añadía a lo ya aportado en términos de indagar el interés del menor, y carecía de posibilidad de afectar al fallo y lo único que podía producir era un retraso en la resolución del procedimiento".

2. El motivo segundo del recurso, en cuanto denuncia insuficiencia de motivación en relación con la concesión del uso y disfrute de la vivienda familiar al menor y al padre custodio, incurre en la causa de inadmisión alegada por el recurrido, apreciable en este momento como razón para su desestimación.

La misma causa de inadmisión, ahora convertida también en razón para su desestimación, afecta al motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal, ya que la recurrente no plantea un motivo de



casación referido a la aplicación de los criterios para el establecimiento de la guarda y custodia monoparental por parte del padre. Dado que ese sería el cauce adecuado para hacer valer la infracción de las normas aplicables y la oposición a nuestra doctrina jurisprudencial, no haber planteado dicho motivo de casación conduce, conforme a lo dispuesto por el apartado 5 de la disp. final 16.ª LEC, a la inadmisión (ahora desestimación, como hemos dicho) del motivo del recurso extraordinario por infracción procesal que se refiere o está vinculado con la cuestión relativa a la guarda y custodia.

Aunque basta con lo anterior, también cabe añadir, como señala el recurrido haciendo suya la argumentación al respecto de la fiscal, que la prueba fue rechazada porque se consideró que no era necesaria ni relevante, y que dicho juicio, a la vista de lo que argumenta la sentencia recurrida, no es arbitrario ni irrazonable.

TERCERO. Motivo segundo (insuficiencia de motivación en relación con la suspensión temporal de la pensión de alimentos). Decisión de la sala

1. Dice la recurrente que la sentencia nada manifiesta expresamente sobre la pretendida suspensión de la pensión alimenticia atendiendo a la doctrina de esta sala y que "[...] tan solo de forma genérica y escueta se desestima [...] como consecuencia de concluir que la guarda y custodia en exclusiva era concedida al padre, pero sin argumentación jurídica alguna", lo que no se puede considerar suficiente en el ámbito de la motivación, "[...] pues no se expresa de forma clara porqué (sic) [...] no es de aplicación en nuestro caso la suspensión temporal del abono de la pensión de alimentos por circunstancias específicas de pobreza en el alimentante [...]".

2. La recurrente tiene razón. En el recurso de apelación solicitó, para el caso de que se mantuviera lo acordado por el Juzgado de Primera Instancia sobre la guarda y custodia del menor, la suspensión temporal, en tanto no obtuviera ingresos de alguna clase, del abono de la pensión de alimentos en el importe fijado de 150 €. Y la Audiencia Provincial, al desestimar el recurso, rechazó esta solicitud, pero sin consignar razón alguna.

El art. 218.2 LEC dice que: "Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón". Y es doctrina jurisprudencial de esta sala que: "[I]a motivación, como exigencia constitucional de las sentencias, requiere que se exterioricen las razones de la decisión [...]" (por todas, sentencias 592/2021, de 9 de septiembre, 680/2019, de 17 de diciembre y 494/2019, de 25 de septiembre).

Como la Audiencia Provincial no expresa ni exterioriza razón alguna para justificar la desestimación de la solicitud mencionada, hay que considerar que, en este punto, la sentencia no está motivada y que, por lo tanto, se han infringido tanto la norma como la doctrina jurisprudencial citadas.

En conclusión, el motivo debe ser acogido y, al menos en este punto, el recurso extraordinario por infracción procesal estimado, lo que determina, de conformidad con lo dispuesto por la regla 7.ª de la disposición final 16.ª LEC, que debemos dictar nueva sentencia, teniendo en cuenta lo que se ha alegado como fundamento del recurso de casación

Recurso de casación

CUARTO. Motivo segundo. Decisión de la sala

1. En el motivo segundo del recurso de casación la recurrente alega que no tiene ingreso alguno ni trabajo, por lo que no puede abonar la pensión de alimentos, y que, si bien dicha obligación corresponde a ambos progenitores, la doctrina de esta sala ha fijado, en supuestos como el presente, la suspensión de dicha obligación con carácter temporal, citando en este sentido las sentencias de 12 de febrero, 2 de marzo y 10 y 22 de julio de 2015, así como las de 18 de marzo de 2016 y 20 de julio de 2017. Añade que ello se corresponde con su situación de pobreza sin que exista la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, que actúa valiéndose del beneficio de justicia gratuita, y que, además, al haberse atribuido el uso de la vivienda familiar al menor y al padre se ha quedado sin techo ni posibilidad de disponer de la parte correspondiente de la vivienda en la liquidación de gananciales, pues estará condicionada por la concesión del referido uso.

El recurrido se opone a la suspensión alegando que la recurrente no está impedida para trabajar, que no se ha acreditado que se encuentre en una situación de pobreza que haga ilusorio el pago de la pensión y que no consta que esté dada de alta como demandante de empleo lo que evidencia que está trabajando como limpiadora en la economía sumergida y, en cualquier caso, al no figurar como demandante de empleo, que no está poniendo todos los medios a su alcance para mitigar su situación.



La fiscal dice que la situación de precariedad económica de la recurrente es una realidad que no se puede soslayar, pero que, en principio, no se dan unas circunstancias de tan extrema pobreza como las analizadas por la doctrina jurisprudencial (se refiere a las sentencias de esta sala 111/2015, de 2 de marzo y 484/2017, de 20 de julio) para acordar la suspensión, por lo que considera que la solución más ajustada es rebajar a 80 euros la pensión de alimentos, sin perjuicio de su revisión en el caso de que mejore su capacidad económica.

2. La sentencia 484/2017, de 20 de julio, que se refiere al cuerpo de doctrina establecido por la 184/2016, de 18 de marzo, sobre la suspensión de la obligación de satisfacer la pensión de alimentos, a partir de las declaraciones efectuadas por la 55/2015, de 12 de febrero, cuya doctrina se reiteró en la 111/2015, de 2 de marzo, y que marca la línea jurisprudencial en la que se ha venido pronunciando la sala en sentencias posteriores (413/2015, de 10 de julio; 395/2015, de 15 de julio; y 661/2015, de 2 de diciembre) dice que solo cabe admitirla "[...] con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal [...], pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante [...]", siendo esa solución que se predica como normal, y ello, en los supuestos referidos a situaciones de dificultad económica, la de "fijar [...] un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor [...]".

En el presente caso no se ha acreditado que la recurrente perciba ingresos.

Tampoco existe una mínima presunción de que, pese a no percibirlos, disponga de otros medios o recursos económicos, lo que no se puede inferir con suficiente fundamento, a través de un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, del hecho de que la recurrente no esté impedida para trabajar ni del hecho de que no se sepa si está dada de alta como demandante de empleo.

Y si no consta que la recurrente perciba en estos momentos ingresos por ningún concepto y tampoco se dispone de datos que permitan presumir que, pese a no contar con ingresos, sí dispone de otros medios o recursos económicos con los que poder hacerse cargo de la pensión, lo que se debe asumir, a la luz de lo probado y lo que no lo ha sido, es que su actual situación, con independencia de la palabra o palabras que se utilicen para calificarla: precariedad, indigencia, pobreza, miseria, etc., o de los adjetivos con que se pueden calificar: total, absoluta, extrema, plena, etc., no le permite hacerse cargo de ella por imposibilidad material, ante la falta de medios.

Lo anterior pone de manifiesto que la situación es excepcional y que el caso es uno de los que justifican, con arreglo a nuestra doctrina, la suspensión temporal del pago de la pensión de alimentos en tanto la actual situación se mantenga.

En consecuencia, el motivo se estima, lo que determina la estimación, en parte, del recurso de casación, del recurso de apelación y de la demanda interpuesta.

QUINTO. Costas

1. Estimados, en parte, el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, no se condena en las costas de dichos recursos a ninguno de los litigantes (art. 398.2 LEC) y se dispone la devolución del depósito para recurrir (apartado 8 de la disposición adicional decimoquinta LOPJ).

2. Estimado en parte el recurso de apelación no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes (art. 398.2 LEC).

3. Estimada en parte la demanda no se condena en las costas de la primera instancia a ninguno de los litigantes (art. 394.2 LEC).

FALLO

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

1.º- Estimar en parte el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D.ª Ana contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, con el núm. 3/21, el 4 de enero de 2021, en el rollo de apelación civil núm. 707/2019.

2.º- Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por D.ª Ana contra la sentencia referida en el ordinal anterior que casamos con el siguiente efecto,



3.º- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por D.ª Ana contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Málaga, con el núm. 730/2018, el 12 de noviembre, en el procedimiento de modificación de medidas 328/2018, que revocamos en el único y siguiente sentido:

Suspender temporalmente el pago de la pensión de alimentos a cargo de D.ª Ana en tanto la actual situación se mantenga.

4.º- No se condena en las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a ninguno de los litigantes.

5.º- No se condena en las costas del recurso de casación a ninguno de los litigantes.

6.º- No se condena en las costas del recurso de apelación a ninguno de los litigantes.

7.º- No se condena en las costas de la primera instancia a ninguno de los litigantes.

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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ