



---

**Universidad de Valladolid**



## **Facultad de Derecho**

### **MÁSTER de ACCESO a la ABOGACÍA**

#### **DICTÁMEN SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA Y EL DERECHO DE ALIMENTOS EN LOS SUPUESTOS DE INDIGNIDAD DE LOS HIJOS**

**Presentado por:**

Ignacio de la Fuente Moreno

**Tutelado por:**

María José Moral Moro

*Valladolid, 17 de diciembre de 2021*

## ÍNDICE

<b>1.- PRESENTACIÓN Y OBJETO DEL DICTAMEN .....</b>	<b>3</b>
<b>2.- ANTECEDENTES DE HECHO DEL CASO.....</b>	<b>4</b>
<b>3.- CONCEPTOS PREVIOS.....</b>	<b>6</b>
<b>3.1.- Concepto de derecho de alimentos y cuantía de los mismos.....</b>	<b>6</b>
<b>3.2.- INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR O FAVOR FILII.....</b>	<b>11</b>
<b>4.- CUESTIONES PLANTEADAS.....</b>	<b>15</b>
<b>5.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS .....</b>	<b>16</b>
<b>5.1- Existe alguna posibilidad de que D. Mario pueda dejar de pagar la pensión de alimentos en favor de su hijo mayor edad; y de su hija menor de edad.....</b>	<b>16</b>
<b>5.2- Puede D. Mario, en contra de los deseos de su hija menor, evitar que Doña Lucia ostente la guarda y custodia exclusiva de la menor, y continuar el con misma. ....</b>	<b>20</b>
<b>5.3- En el caso de extinguirse el derecho a la pensión de alimentos, desde cuando deberían dejarse de abonar. ....</b>	<b>26</b>
<b>5.4.-Requisitos necesarios para poder iniciar un procedimiento de modificación de medidas definitivas acordadas en sentencia de divorcio .....</b>	<b>29</b>
<b>5.5.- Órgano judicial competente para conocer dicho procedimiento. ....</b>	<b>31</b>
<b>5.6- Procedimiento judicial a seguir y particularidades del mismo .....</b>	<b>32</b>
<b>6. CONCLUSIONES.....</b>	<b>36</b>
<b>7. BILIOGRAFÍA .....</b>	<b>39</b>
<b>7.1 MANUALES Y DOCTRINA .....</b>	<b>39</b>
<b>7.2 WEBS CONSULTADAS .....</b>	<b>40</b>
<b>7.3 JURISPRUDENCIA Y CIRCULARES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSULTADAS .....</b>	<b>41</b>
<b>7.3.1 Sentencias del Tribunal Supremo.....</b>	<b>41</b>
<b>7.3.2 Sentencias de Audiencias Provinciales .....</b>	<b>42</b>
<b>7.3.3 Circulares de la Fiscalía General del Estado .....</b>	<b>43</b>

## **1.- PRESENTACIÓN Y OBJETO DEL DICTAMEN**

El presente Trabajo Fin de Máster tiene como objeto tratar de dar respuesta a un dictamen acerca de uno de los procedimientos más frecuentes en el ámbito del Derecho de Familia, que no es otro que el de modificación de medidas. Para ello nos basaremos en el supuesto práctico de un procedimiento de modificación de medidas de familia, en donde variaron las circunstancias de manera sustancial respecto de las que se tuvieron en cuenta en el procedimiento de divorcio en relación a los hijos. El objeto es analizar si se puede llegar a extinguir, o no, la obligación del progenitor de abonar una pensión de alimentos a sus hijos, siendo en la actualidad uno de ellos mayor de edad y el otro menor de edad, por haber decidido ellos, voluntaria y conscientemente, no querer tener ningún de relación con dicho progenitor, siendo ésta una situación no contemplada expresamente en el Código Civil. Además, se valorará también el impacto de estas circunstancias en una hipotética modificación del sistema de guardia y custodia que se fijó en la sentencia de divorcio.

Para tratar de dar respuesta a estas cuestiones, y otras muchas más, se expondrá de una manera clara el supuesto de hecho, donde seguidamente se formularán una serie de preguntas relevantes a esta hipotética situación, tratando de ser respondidas legalmente y con la jurisprudencia más actualizada en esta materia, tanto del Tribunal Supremo, como de las distintas Audiencias Provinciales.

En este sentido, se tratará también de dar respuesta a los conceptos clave que hay que valorar en este tipo de situaciones, como es el de alimentos y la finalidad que tienen éstos; la guardia y custodia y modalidades de la misma; los cauces procesales sobre los que se tramitaría un procedimiento de esta naturaleza; que es un procedimiento de modificación de medidas y los requisitos que exige este procedimiento para poder ser utilizado, etc.

## **2.- ANTECEDENTES DE HECHO DEL CASO**

1º.- Don Mario y Doña Lucía se encuentran desde el año 2018 divorciados.

2º.- Fruto de su matrimonio nacieron dos hijos: Javier y Sara. En el momento de dictarse la sentencia de divorcio Javier tenía 15 años y Sara 11 años.

3º.- La sentencia de divorcio fijó la custodia exclusiva de Javier en favor de la madre, y la de Sara en favor del padre. Asimismo se estableció la obligación de los progenitores de abonar en su totalidad los alimentos de los hijos en cuya custodia quedasen, y por mitad los gastos educativos, sanitarios y extraordinarios de cada hijo.

4º.- En relación al ejercicio de la patria potestad, la sentencia de divorcio determinó que éste debería ser compartido entre ambos cónyuges. Asimismo, estableció la obligación de los progenitores de comunicarse recíprocamente las decisiones que, con respecto a sus hijos, adoptaran en el futuro, así como toda aquella información que, conforme al interés prioritario de los hijos, deban conocer ambos padres. Se precisó también que las decisiones en el ámbito académico y sanitario serían tomadas por ambos progenitores.

5º.- En la actualidad Javier, que ya ha alcanzado la mayoría de edad, lleva dos años sin tener relación con su padre.

Sara, con 14 años, hace unos meses decidió dejar de convivir con su padre y marcharse a vivir con su madre, no volviendo a tener, desde entonces, relación con su padre.

6º.- Javier, con la anuencia de su madre, ha decidido irse a vivir a otra ciudad, Sevilla, para estudiar un grado universitario. Al padre no se le ha comunicado esta circunstancia, y según la sentencia de divorcio las decisiones educativas deberían ser tomadas por ambos cónyuges. Como consecuencia de dicho traslado a Sevilla, la madre tiene que pagar sus estudios universitarios, además del alquiler del piso en el que se encuentra viviendo, los gastos de luz, agua, comida, y todo lo demás gastos de subsistencia que ello implica.

7º.- Una vez instalado en Sevilla, Javier junto a su madre, remitieron a Don Mario un correo electrónico, comunicándole que Javier se encontraba ahora en Sevilla estudiando un grado universitario y que, por ello, debía hacer frente, de manera proporcional, con la

madre, a los gastos de dichos estudios universitarios, así como a los de subsistencia en Sevilla. Es decir, Javier, con la anuencia de la madre, y desde hacía más de dos años, solo se puso en contacto con su padre para que éste hiciera frente a sus gastos.

8º.- En relación a Sara, como ya se ha mencionado, ésta abandonó el domicilio de su padre para irse a vivir con su madre porque, según ella “se encontraba más feliz y con más libertad que viviendo con su padre”. En realidad, Sara se fue del domicilio del padre porque la madre no era tan estricta con ella en lo referente a sus estudios, relaciones sociales, etc., y además ésta manipuló a la menor haciendo comentarios despectivos respecto de su padre, a fin de que no quisiera seguir conviviendo con él, y así poder conseguir sus propósitos.

9º.- Desde que la menor reside con su madre, el rendimiento académico de Sara ha bajado notablemente, siendo frecuentes las quejas de los profesores por esta cuestión, además de ser continuas sus ausencias al colegio y empezar a relacionarse con gente poco recomendable en barrios marginales, consumir sustancias, etc. La madre no informó en ningún momento al padre de estas cuestiones, enterándose éste por profesores del centro educativo, así como por otros padres, compañeros de clase de Sara, que se pusieron en contacto con él.

10º.- El padre, Don Mario, ha intentado salvar en varias ocasiones la relación con sus hijos, enviándoles frecuentes mensajes por teléfono interesándose por ellos. Javier, rara vez ha respondido a esos mensajes, y cuando contesta lo hace a través de monosílabos. Lo mismo se puede decir de Sara.

11º.- Doña Lucía acude a un despacho de abogados con el objeto de obligar a Don Mario a pagar los gastos educativos de Javier, ya que éstos debían ser abonados por mitad entre ambos cónyuges, y Don Mario, por desconocimiento de los mismos, no los estaba abonando, y además para que se establezca una pensión de alimentos para con Javier. Por otro lado, también Doña Lucía pretende cambiar el sistema de guarda y custodia exclusiva que tiene el padre con la menor, Sara, por un sistema de guarda y custodia exclusiva en favor de ella, a fin de no tener que hacer frente al pago de alimentos que tiene con la menor desde que reside con ella. Una vez asesorada por su abogado sobre dichas cuestiones, Doña Lucía interpone la oportuna demanda con las pretensiones mencionadas frente a Don Mario.

Llegados a este punto, donde a la luz de los acontecimientos parece que la relación de Don Mario con sus hijos resulta ya insalvable, Don Mario acude a un abogado con la demanda interpuesta por Doña Lucía, para contestarla y ver si tiene alguna posibilidad de no pagar una pensión de alimentos de unos hijos que no quieren tener trato ni relación con él, así como evitar que Doña Lucía tenga la custodia exclusiva de su hija menor, y se siga con la custodia exclusiva de la menor por su parte, para que ésta no quede totalmente desamparada con su madre, como había venido sucediendo hasta ese momento. En definitiva, se interesa por Don Mario asesoramiento jurídico por su abogado para que plantee la oportuna contestación a la demanda con el objetivo de que se desestime la demanda interpuesta por Doña Lucía, aprovechando la contestación; al mismo tiempo para que se elimine la pensión de alimentos que tiene que abonar a su hijo Javier; y valorar si se puede mantener la custodia exclusiva que tiene éste con la menor, y, en su defecto, eliminar o subsidiariamente reducir el importe de la pensión de alimentos que solicita la madre que abone en tal concepto..

### **3.- CONCEPTOS PREVIOS**

#### **3.1.- Concepto de derecho de alimentos y cuantía de los mismos.**

El derecho de alimentos se remonta a la Antigua Roma, donde ya se regulaba esta figura en las relaciones de patronato y clientela, y posteriormente se encuadró en la patria potestad. En tiempos de Marco Aurelio y Antonino Pio había una normativa de derecho de alimentos para algunos casos concretos, generalizándose a partir del Emperador Justiniano<sup>1</sup>.

Tradicionalmente el derecho de alimentos ha encontrado su justificación en diferentes vertientes doctrinales. Unas señalaban que los alimentos servían para garantizar la vida de aquellas personas que tenían este derecho. Otras, por el contrario, sostenían que lo que se trata de preservar con este derecho es a la sociedad en su conjunto, a los ciudadanos de un Estado<sup>2</sup>.

En el caso de la doctrina española, un sector importante, encabezado por **SANCHEZ ROMAN** considera que la justificación del derecho de alimentos descansa en “realizar

---

<sup>1</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L, “*Elementos de derecho civil. Tomo IV: Familia*”, (4.ed.), Madrid,, 2010, pp 41 y ss.

<sup>2</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L, op y loc cit.

*el derecho a la vida del alimentista, por medio de prestaciones sancionadas y reguladas por disposiciones del orden civil de individuo a individuo”*<sup>3</sup>.

Otro sector doctrinal, del que forman parte, entre otros, **ROGEL VIDE e ESPIN ALBA** sostiene que el derecho de alimentos “*viene establecido por el Código civil para el caso de que una persona por las causas que sean -mala fortuna, paro, deficiencia, enfermedad, invalidez, etc-, se encuentre en una situación de necesidad de la que no pueda salir por sí misma y tenga parientes o cónyuge con medios económicos para socorrerla*”<sup>4</sup>.

Entrando a la regulación jurídica de este derecho, el Código Civil, en su artículo 142 define el derecho de alimentos de la siguiente manera: “*Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.*”

*Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.*

*Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”*<sup>5</sup>.

**El Tribunal Supremo, también, se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca de los alimentos, así en Sentencia 918/93, de 5 de octubre de 1993, señala que “la obligación de dar alimentos es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional como taxativamente establece el art. 39 de la Constitución Española. Tal obligación resulta por modo inmediato del hecho de la generación y es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, art. 154, 1º del Código civil”**<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> SANCHEZ ROMAN COBACHEI O GÓMEZ, J. A, “*La deuda alimenticia*”, Madrid,, 1990, pp 17 y ss.

<sup>4</sup> ROGEL VIDE, C., & ESPÍN ALBA, I, “*Derecho de la Familia*”, Colección Jurídica General, Madrid, 2010, pp 21 y ss.

<sup>5</sup> Artículo 142 del Código Civil

<sup>6</sup> STS 918/1993, de 5 de octubre de 1993

Esta jurisprudencia, es complementada por otras resoluciones del Tribunal Supremo, entre otras, la **Sentencia 579/2014, de 15 de octubre de 2014**, “ en relación al concepto de la pensión de alimentos, establece que: *La expresión pensión alimenticia se utiliza para designar la contribución del progenitor no custodio, en cumplimiento de la obligación legal, al pago de los gastos causados por la alimentación de los hijos en toda la extensión del término: sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción* <sup>7</sup>.

Por tanto, teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, podemos apreciar que el derecho de alimentos es un derecho con rango constitucional y forma parte de los deberes que tienen los progenitores con sus hijos, incardinados dentro de la patria potestad. Este derecho está pensando para salvaguardar los elementos más básicos de la vida de los hijos y, que éstos tengan unos niveles mínimos de protección, en donde se incluye su formación, la educación, vestido. En definitiva, con ellos se trataría de garantizar la subsistencia mínima de la prole.

Por otro lado, es importante diferenciar, dentro de la pensión de alimentos, los gastos ordinarios de los extraordinarios. El Código Civil no establece ninguna regulación sobre este particular, por lo cual debemos acudir a la jurisprudencia para conocer esta diferenciación. Así, **el Tribunal Supremo, en sentencia 500/2017, de 13 de septiembre de 2017**, marca la distinción entre los gastos ordinarios de los extraordinarios.

Según dicha jurisprudencia, los gastos ordinarios serían aquellos que reúnen notas de previsibilidad y periodicidad, como son por ejemplo los gastos escolares, de vestido y calzado, de manutención, vivienda, etc.

Por otro lado, serían gastos extraordinarios, aquellos que no reúnen las notas de previsibilidad y periodicidad de los ordinarios. Según el Tribunal Supremo, serían aquellos que “*son imprevisibles, no se sabe si se producirán ni cuándo lo harán, y, en consecuencia, no son periódicos*”. Algunos ejemplos de estos gastos serían los gastos sanitarios no cubiertos por la Seguridad social como pudieran ser los de ortodoncia, gafas, etc. Estos gastos extraordinarios, como norma general, deben de ser asumidos por los progenitores al 50% o de manera proporcional a sus respectivos recursos económicos<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> STS 536/1991, de 15 de octubre de 2014

<sup>8</sup> STS 500/2017, de 13 de septiembre de 2017.

Por último, hay que mencionar la cuestión relativa al cálculo de la pensión de alimentos, su cuantía, aumentos y disminuciones.

En este punto, el artículo 146 del Código Civil nos dice que *“la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”*<sup>9</sup>.

Una vez dicho esto, hay que señalar que existe una consolidada jurisprudencia que recalca la existencia de un umbral mínimo conocido como “mínimo vital”, que sería una cuantía mínima que el progenitor, independientemente de sus recursos económicos, debe satisfacer en favor de sus hijos dentro de la pensión de alimentos. Dentro de este mínimo vital se incluyen las necesidades más elementales y básicas de los hijos.

La **Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 783/2010, de 15 de octubre de 2010**, entiende el mínimo vital como *“el mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia de los menores en condiciones de suficiencia y dignidad a los efectos de garantizar, al menos y en la medida de lo posible, un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional al que deben coadyuvar a sus progenitores por razón de las obligaciones asumidas por los mismos en su condición de tales”*<sup>10</sup>.

Por otro lado, la **Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia 765/2013, de 6 de noviembre de 2013**, viene sosteniendo que dentro del mínimo vital *“se reflejan los mínimos gastos de todos los capítulos repercutibles, como vestido, sanidad y educación que, aun cuando el menor asista a un centro público, son generados por las necesidades de material escolar, libros, actividades complementarias, cuotas de la asociación de padres, y demás gastos ordinarios que comporta habitualmente un menor”*<sup>11</sup>.

El **Tribunal Supremo, en Sentencia 55/2015, de 12 de febrero de 2015**, recalca que *“lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo*

---

<sup>9</sup> Artículo 146 del Código Civil.

<sup>10</sup> SAP Vizcaya 783/2010, de 15 de octubre de 2010.

<sup>11</sup> SAP Barcelona 765/2013, de 6 de noviembre de 2013.

y temporal, la suspensión de la obligación, 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”<sup>12</sup>.

Una vez hablado del mínimo vital, es decir, la cuantía mínima de los alimentos, conviene señalar como se fija el importe de los mismos.

El importe concreto de la pensión de alimentos, deberá fijarlo el Juez de Instancia en base a criterios de proporcionalidad. En este sentido la jurisprudencia **del Tribunal Supremo en Sentencia 165/2014, de 28 de marzo de 2014** señala lo siguiente: “La jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidamente que el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC "corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146 ", de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, "entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación”<sup>13</sup>.

Así, algunos criterios más utilizados en la práctica judicial para fijar la cuantía de la pensión de alimentos son, entre otros, el número de hijos, los ingresos de los progenitores, el lugar de residencia, las necesidades de los hijos, las necesidades económicas de los progenitores, etc. A pesar de lo dicho, no existe un número de criterios fijos y estables en base a los cuales los jueces fijan la pensión de alimentos. La casuística en este caso juega un papel trascendental, y se otorga una gran discrecionalidad al juez para fijarla.

No obstante, existe cierta jurisprudencia del **Tribunal Supremo, como la determinada en Sentencia 394/2017, de 22 de junio de 2017**, que precisa algunos de criterios a tener en cuenta por el órgano judicial a la hora de fijar la cuantía de la pensión de alimentos:

---

<sup>12</sup> STS 55/2015, de 12 de febrero de 2015.

<sup>13</sup> STS 165/2014, de 28 de marzo de 2014.

*“La obligación alimenticia que se presta a los hijos no está a expensas únicamente de los ingresos sino también de los medios o recursos de uno de los cónyuges, o, como precisa el artículo 93 del Código Civil , de "las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento". En lo que aquí interesa supone que no es necesaria una liquidez dineraria inmediata para detraer de la misma la contribución sino que es posible la afectación de un patrimonio personal al pago de tales obligaciones para realizarlo y con su producto aplicarlo hasta donde alcance con esta finalidad, siempre con el límite impuesto en el artículo 152 2.º) del CC si la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”.*<sup>14</sup>

Realizando un análisis de la doctrina jurisprudencial más consolidada podemos percatarnos qué, si bien la cuantía de esos alimentos debe de ser proporcional a los recursos económicos del alimentante y las necesidades del alimentista, se debe de satisfacer, independientemente de los recursos del obligado al pago de los mismo, el mínimo vital al que ya hemos hecho referencia anteriormente. Los criterios a tener en cuenta para fijar la cuantía de la pensión alimenticia son variados, atendiéndose principalmente a los ingresos del obligado al pago de los mismos, sus circunstancias económicas, y en definitiva, el posible patrimonio que se pueda destinar al pago de los mismos. Es decir, la casuística es fundamental en esta cuestión, y el criterio del Juzgador a quo es determinante a la hora de fijar la cuantía de los alimentos, ya que éste tiene, sobre este particular, una gran discrecionalidad, aunque siempre resulta imprescindible a la hora de fijar la pensión alimenticia, tener en cuenta el criterio de la proporcionalidad

### **3.2.- INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR O FAVOR FILII**

Una de las cuestiones claves en estos procedimientos, y trascendental para poder dar respuestas al caso planteado, es la del interés superior del menor.

Históricamente las cuestiones jurídicas relativas a los menores y su protección han estado prácticamente ausentes. La escasa regulación que había respecto de los menores se centraba fundamentalmente en cuestiones relativas a la filiación, poniendo esta institución jurídica en vinculación con la herencia, y, con ello, con la propiedad. En el

---

<sup>14</sup> STS 352/2016, de 22 de junio de 2017.

Derecho romano el menor tenía un estatus jurídico bastante similar al del esclavo, ya que la potestad del padre era similar a las que se conferían al “*dominus*” con sus esclavos.

No es sino a partir de bien entrado el Siglo XX, cuando empieza a surgir el concepto de protección del menor y el de interés del menor. En el caso español, estas nuevas concepciones jurídicas del menor se empiezan a plasmar en las sucesivas reformas del Código Civil de los años 1981, 1983 y 1987, donde se habla ya de cuestiones como el desamparo de los menores, las entidades públicas, o el abandono.

El interés del menor es la piedra angular sobre la que gira toda la normativa relativa a los menores, pues tiene la categoría de principio general del derecho.

Según ALEGRIA BORRAS *el interés del menor surge como consecuencia de una corriente internacionalista que se caracteriza modernamente por la evolución de normas que en principio fueron neutrales, a otras materialmente orientadas a dar protección a una determinada categoría de personas*<sup>15</sup>.

Se busca, en definitiva, proteger a las personas más indefensas a través de la actuación conjunta de los profesionales jurídicos, como son los abogados, la fiscalía, y la autoridad judicial.

Según ROCA i TRIAS , el concepto de interés del menor “*no es otra cosa que la proyección en las personas menores de edad de un tema más complejo, que es el de la personalidad*”.<sup>16</sup>

El interés superior del menor aparece regulado en diversos cuerpos legales, nacionales como internacionales, siendo los más importantes los siguientes:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos de Nueva York de 1948 en sus artículos 25.2 y 26.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1996 en su artículo 24.

---

<sup>15</sup> BORRAS, A., ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, *El Derecho de Familia ante los nuevos retos legales*, Madrid, 2012, pp 193 y ss.

<sup>16</sup> ROCA I TRÍAS, E, *Comentarios al artículo 29 del Código Civil español*, Ministerio de Justicia, 1991, pp 224 y ss.

- Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU de 1989 en sus artículo 3.1 y 4.
- Convención de la Haya sobre protección del menor de 1993.
- Reglamento Europeo 2201/2003, de 27 de noviembre sobre protección del menor.
- Constitución Española en su artículo 39.
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. etc.

Por último, resulta de especial importancia la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la cual en su artículo 2 establece que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas» , se ponderará « el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo» , «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...» y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara<sup>17</sup>.

Asimismo la jurisprudencia ha ido desarrollando este concepto de interés del menor. El Tribunal Supremo en Sentencia **713/1996, de 17 de septiembre de 1996** considera *el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con el, que vincula al Juzgador, a todos los Poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los jueces pueden adoptar ( art. 158 del Cc.) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramentes paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, aplicable retroactivamente por cuanto se ha dicho, por mandato*

---

<sup>17</sup> Artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

constitucional y por recoger el espíritu de cuantas convenciones internacionales vinculan a España (ver Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por instrumento de 30 de noviembre de 1990)<sup>18</sup>.

Con respecto *al favor filii*, la **Audiencia Provincial de Cantabria en Sentencia 204/2021, de 27 de abril de 2021**, se señala lo siguiente: *El <<favor filii>> será el único interés relevante en la decisión, como nos recuerda la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, a través de su triple dimensión: ( i ) como derecho sustantivo, en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución; ( ii ) como principio general interpretativo, pues si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor; ( iii ) como norma de procedimiento*<sup>19</sup>.

Asimismo, la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Ávila en Sentencia 80/2021, de 10 de marzo de 2021**, se pronuncia en el mismo sentido respecto del principio del "*favor filii*" a la hora de adoptar medidas que afecten a los hijos, señalando lo siguiente: "Es principio elemental, necesario e indeclinablemente inspirador del dictado de cualquier medida atinente a los hijos el de que es su interés el que debe prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el llamado "bonum filii" o "favor filii" ha sido elevado a principio universal del derecho, viniendo consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos del código civil (artículos 92, 93, 94, 103 apartado primero, 154, 158 y 170) y, en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, constituyendo principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial que concuerda con el principio constitucional de protección integral de los hijos ( artículo 39 apartado segundo de la constitución) "<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> STS 713/1996, de 17 de septiembre de 1996.

<sup>19</sup> SAP Cantabria 204/2021, de 27 de abril de 2021.

<sup>20</sup> SAP Ávila en Sentencia 80/2021, de 10 de marzo de 2021.

En resumen, podemos observar que el interés superior del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a discapacidad de éste para actuar defendiendo sus propios intereses

El interés del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño.

#### **4.- CUESTIONES PLANTEADAS**

Examinados los conceptos previos necesarios para una mejor comprensión del supuesto de hecho referenciado anteriormente, se plantean una serie de cuestiones jurídicas sobre el mismo:

**4.1- Existe alguna posibilidad de que Don Mario pueda dejar de pagar la pensión de alimentos en favor de su hijo mayor edad y de su hija menor.**

**4.2- Puede Don Mario, en contra de los deseos de su hija menor, evitar que Doña Lucia ostente la guarda y custodia exclusiva de la menor, y continuar él con misma.**

**4.3- En el caso de extinguirse el derecho a la pensión de alimentos, desde cuando deberían éstos dejarse de abonar**

**4.4.- Requisitos necesarios para poder iniciar un procedimiento de modificación de medidas definitivas acordadas en sentencia de divorcio**

**4.5.- Órgano judicial competente para conocer dicho procedimiento.**

**4.5- Procedimiento judicial a seguir y particularidades del mismo.**

## 5.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### 5.1- Existe alguna posibilidad de que Don Mario pueda dejar de pagar la pensión de alimentos en favor de su hijo mayor edad; y de su hija menor de edad.

Para abordar esta cuestión, primeramente, tenemos que acudir al Código Civil, que es el cuerpo normativo en donde se recogen las causas que dan lugar a la extinción del derecho de alimentos. En este sentido, el artículo 153 del Código Civil establece que:

*“Cesará también la obligación de dar alimentos:*

*1.º Por muerte del alimentista.*

*2.º Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.*

*3.º Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.*

*4.º Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.*

*5.º Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa”<sup>21</sup>.*

Aplicado dicho artículo al caso que nos ocupa, donde la cuestión clave está en ingratitud de los hijos respecto de su padre, con el que no quieren tener ningún tipo de relación, motivo por el cual éste se plantea y desea cesar en su obligación alimenticia con sus descendientes, se entendería que al no aparecer este motivo, en el articulado del Código civil, como causa de cesión del padre en la obligación dar a alimentos a sus hijos, no sería posible extinguir a obligación alimenticia del padre respecto de sus descendientes

---

<sup>21</sup> Artículo 153 del Código Civil.

Ahora bien, en este sentido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha manifestado en reiteradas ocasiones favorable a extinguir el derecho de alimentos de los hijos por la indignidad o ingratitud con respecto del progenitor obligado al pago de los alimentos.

La **Sentencia del Tribunal Supremo 104/2019, de 19 de febrero de 2019**, marca un antes y un después sobre esta cuestión. Esta Sentencia prevé expresamente que se pueda retirar el derecho de alimentos a los hijos cuando exista una falta de relación familiar entre el progenitor obligado al pago de los alimentos y el alimentista, cuando esa falta de relación le es exclusiva, o fundamentalmente, imputable al hijo. Dicha Sentencia señala que para extinguir la pensión de alimentos es necesaria: *la falta de relación manifiesta y que esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo. Para apreciar esa causa de extinción de la pensión ha de aparecer probado que la falta de relación manifiesta entre padre e hijos, sobre la que no existe duda, era, de modo principal y relevante, imputable a éstos.*

En este mismo sentido, la citada Sentencia continúa señalando que **cuando la solidaridad intergeneracional ha desaparecido por haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley es lícita su privación.** *No resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que éstas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales.*

**La solidaridad familiar e intergeneracional es la que late como fundamento de la pensión a favor de los hijos mayores de edad.**<sup>22</sup>

Asimismo, la **Sentencia del Tribunal Supremo 184/2001, de 1 de marzo de 2001**, reconoce que *“la obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar y que tiene su fundamento constitucional en el artículo 39-1 de la Constitución Española”*<sup>23</sup>. En consecuencia, hay que recordar, a tenor de lo dispuesto en el art. 3-1 CC, que las normas se interpretarán atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, y, aunque la ingratitud de los hijos no aparezca expresamente recogida como causa que da lugar a la extinción del derecho de alimentos, teniendo en

<sup>22</sup> STS 104/2019, de 19 de febrero de 2019.

<sup>23</sup> STS 184/2001, de 1 de marzo de 2001.

cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y que las normas se deben de interpretar de acuerdo al contexto histórico en el que deben de ser aplicados, sería viable la extinción del pago de los alimentos por el padre en favor del hijo mayor de edad.

En este sentido, este principio de “solidaridad familiar”, que viene exigiendo la jurisprudencia para que los hijos mayores de edad puedan recibir la pensión de alimentos, estaría quebrado debido a la propia actitud del alimentista, al no querer mantener ningún tipo de relación con su padre.

Hay que traer a colación la jurisprudencia que habla de la exigibilidad del derecho de alimentos en el caso de los hijos mayores de edad. A tal efecto, la **Sentencia del Tribunal Supremo 395/2017, de 22 de junio de 2017** señala *“pues al ser menores, más que una obligación propiamente alimenticia, lo que existe son deberes insoslayables, inherentes a la filiación, con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención. Alcanzada la mayoría de edad por los hijos, la obligación alimenticia se mantiene, si bien ya no de manera incondicional sino condicionada a unas determinadas circunstancias de convivencia y falta de recursos y con un contenido económico distinto”*

<sup>24</sup>.

En la **Sentencia del Tribunal Supremo 558/2016, de 21 de septiembre de 2016**, se dice que *el derecho de alimentos del hijo mayor de edad continuado o sobrevenido a la extinción de la patria potestad conforme al artículo 93.2 del Código Civil se apoya fundamentalmente en lo que la doctrina civilista ha denominado «principio de solidaridad familiar» que, a su vez, debe ponerse en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado ( art. 152 C.C )<sup>25</sup>.*

Es decir, en tanto en cuanto el derecho a la pensión de alimentos requiere un mínimo de reciprocidad por parte del hijo mayor de edad, beneficiario de los alimentos, con el alimentante, basado en los vínculos parentales que les unen, en la medida en la que el hijo que recibe alimentos expulsa de su vida al padre alimentante, esa mínima reciprocidad, en la que se basa la “solidaridad familiar”, desaparece, y con ello el derecho de éste a percibir alimentos por parte del padre. Pues, el derecho a la pensión de alimentos

---

<sup>24</sup> STS 395/2017, de 22 de junio de 2017.

<sup>25</sup> STS 558/2016, de 21 de septiembre de 2016.

es una institución jurídica que tiene su justificación en los vínculos parentales que unen a alimentante y alimentista.

Podemos sostener, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia y atendiendo a las circunstancias del caso, que el padre tendría altas posibilidades de no seguir estando obligado al pago de la pensión de alimentos respecto de su hijo mayor de edad. El derecho de alimentos, una vez que los hijos son mayores de edad, no es absoluto, y está condicionado a ciertos requisitos de convivencia, los cuales, derivado de la propia actitud del hijo mayor de edad con su padre, habrían desaparecido, pues desde hace ya 3 años no tiene ningún contacto con él, y ni tiene intención de tenerlo.

Del análisis jurisprudencial analizado, hemos visto que el padre no tendría, en principio, obligación de seguir abonando la pensión de alimentos de su hijo mayor de edad.

Con respecto a la hija menor de edad, ¿tendría alguna posibilidad extinguirse su obligación al pago de la pensión de alimentos?. Sobre este particular, el **Tribunal Supremo en sentencia 55/2015, de 12 de febrero de 2015**, afirma que:

*“De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE , y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico ( SSTS de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013 ). De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención”<sup>26</sup>.*

Por otro lado, la **Sentencia del Tribunal Supremo 395/2017, de 22 de junio de 2017**, referenciada anteriormente, expresa de modo claro y preciso la diferencia existente entre el derecho de alimentos de los hijos menores y mayores de edad.

---

<sup>26</sup> STS 55/2015, de 12 de febrero de 2015.

En síntesis, podemos señalar que el derecho de alimentos de los hijos menores de edad tiene un especial reforzamiento del que carece en los hijos mayores de edad, pues en el caso de los hijos menores lo que tienen los padres son unos “*deberes insoslayables inherentes a la filiación*”,<sup>27</sup> es decir, existe un deber incondicionado del progenitor alimentante, y en el supuesto de los hijos mayores de edad ese carácter de los alimentos desaparece, estando así “*condicionados a unas determinadas circunstancias de convivencia y falta de recursos*”<sup>28</sup>.

Trasladándolo al supuesto de hecho que nos ocupa, esta distinción jurídica entre alimentos a los hijos mayores o menores de edad tiene una repercusión importante. Mientras que, en el caso del hijo mayor de edad hay bastantes posibilidades de que el padre pueda quedar liberado de la obligación alimenticia, en el caso de la hija menor de edad, según la jurisprudencia anteriormente analizada, no. A pesar de que el supuesto fáctico en ambos casos es el mismo, es decir, la falta de relación de los hijos con el padre, imputable a aquellos, el hecho de que uno de los hijos sea mayor de edad, y la otra hija, menor, va a provocar que las consecuencias jurídicas que debe de soportar el padre sean totalmente diferentes. En un caso (el del hijo mayor) quedará exento del pago de la pensión de alimentos, mientras que en el otro supuesto (el de la hija menor), estará obligado al pago de la pensión alimenticia.

## **5.2- Puede Don Mario, en contra de los deseos de su hija menor, evitar que Doña Lucia ostente la guarda y custodia exclusiva de la menor, y continuar él con misma.**

Para dar respuesta a esta cuestión habrá de analizarse pormenorizadamente las circunstancias del supuesto de hecho planteado. Nos encontramos con que la menor vivía con su padre al tener éste, tras la sentencia de divorcio, la guarda y custodia exclusiva respecto de ella, pero que en un momento dado, influenciada y manipulada por la madre, decide irse a vivir con ésta, cesando así en la relación con su padre.

A partir de estos hechos, se tendrá que ir desgranando el asunto para darle una respuesta lo más satisfactoria posible a los intereses del padre.

---

<sup>27</sup> STS 395/ 2017, de 22 de junio de 2017.

<sup>28</sup> STS 395/2017, de 22 de junio de 2017.

Una primera cuestión a tener en cuenta y analizar es si la decisión de la menor, de irse a vivir con su madre, resulta ser elemento determinante para que el órgano judicial, que conoce del asunto, falle en un sentido u otro a la hora de resolver.

Para tratar de responder a este interrogante habrá que acudir a la Jurisprudencia que aborda este problema. En este sentido, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 92/2016, de 3 de marzo de 2016** dice: *“tampoco, la mera voluntad de la menor se alza como un elemento decisorio para determinar la privación de la custodia a los padres, si no existen causas objetivas para ello, al margen de que en esta segunda instancia la menor no ha expresado dicha voluntad, simplemente su deseo de comunicarse con más frecuencia con ella”*<sup>29</sup>.

Por su parte, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 155/2019, de 9 de abril de 2019** precisa que *“aunque sea cierto que la menor ha expresado su deseo de no contactar con la madre más que cuando lo desee, la decisión de poderse relacionar con su madre no puede dejarse a su exclusiva voluntad porque los hijos no deben tomar decisiones y responsabilidades propias de adultos y porque en benéfico del desarrollo de su personalidad deben mantener una relación constructiva con cada progenitor debiendo procurar el custodio no deteriorar la imagen del otro”*<sup>30</sup>.

Es decir, en principio, el hecho de que la menor, Sara, haya decidido “voluntariamente” irse a vivir con su madre, no sería un criterio determinante a la hora de decidir el cambio de custodia. Hay que tener en cuenta que Sara es menor de edad y la decisión que ha tomado es propia de un adulto, además, para su desarrollo personal resultaría mucho más saludable que Sara mantuviera una buena relación con ambos progenitores. Esta posibilidad quedaría vetada al no querer relacionarse con su padre.

Otro elemento a tener en cuenta en este punto sería si esta decisión de otorgar la guarda y custodia en exclusiva a la madre sería beneficioso para Sara, atendiendo al interés superior de la menor, que, como ya hemos analizado, es una de las piezas angulares sobre la cual deben de girar todos los procedimientos de familia en los que haya menores.

---

<sup>29</sup> SAP Asturias 92/2016, de 3 de marzo de 2016.

<sup>30</sup> SAP Valladolid 155/2019, de 9 de abril de 2019.

Hemos visto que, desde que la menor se fue a vivir con su madre, su desarrollo personal ha empeorado de una manera muy significativa. Sus notas en los estudios han bajado de una manera muy notable, las quejas de los profesores han sido continuas, se ha empezado a relacionar con gente poco recomendable en barrios marginales, llevándola a consumir sustancias, etc.

Teniendo en cuenta todos estos elementos, ¿sería conveniente, en base al interés superior del menor, que la guarda y custodia exclusiva de la menor la tuviera la madre?

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, y también de las Audiencias Provinciales, vienen recalcando que el interés de los menores está por encima de los intereses de los progenitores. Este punto es clave a la hora de tratar dar una respuesta a la situación de hecho del caso planteado.

A este respecto, la **Sentencia del Tribunal Supremo 641/2011 de 27 de septiembre de 2011**, señala: *“La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el art. 39.2 CE, cuyo párrafo tercero , al mismo tiempo, impone a los progenitores la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, con independencia de si están o no casados y de si conviven o no con el menor. El régimen de esta asistencia siempre deberá tener en cuenta estos criterios, porque en cada uno de los casos lo que debe decidir el juez es cuál será el mejor régimen de protección del hijo, según sus circunstancias y las de sus progenitores, según los criterios que ha venido manteniendo esta Sala en sentencias 579/2011 , 578/2011 y 469/2011 , entre las más recientes”*<sup>31</sup>.

Por su parte, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 260/2021, de 25 de junio de 2021**, en la misma línea que la anterior y citando abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional señala:

---

<sup>31</sup> STS 641/2011, de 27 de septiembre de 2011.

“El principio rector que ha de presidir cualquier resolución en esta cuestión, que es el del superior interés del menor, ha de ser valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado, y que en la aplicación de la propia ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir ( art. 2.1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor), de manera que se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, razón por la cual no rige el principio de justicia rogada y las resoluciones dictadas en los procedimientos sobre guarda y custodia de menores siempre pueden ser modificadas cuando el interés del menor así lo justifique ( SSTS de 25-4-2011 y 28-9-2016, entre otras muchas). En conclusión ( STC 185/2012, de 17 de octubre), en las relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello ( SSTC 141/2000, de 29 mayo , 124/2002, de 20 mayo , 144/2003, de 14 julio , 71/2004, de 19 abril , y 11/2008, de 21 enero ). El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia, y cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente<sup>32</sup>.

Así pues, atendiendo al caso planteado y en beneficio de la menor, que ha visto empeorado su desarrollo económico académico, personal, social, etc , desde que se fue a vivir con su madre, sería muy desaconsejable otorgar a Doña Lucía la guarda y custodia en exclusiva de su hija ,Sara, a pesar de ser esto un deseo de ambas.

---

<sup>32</sup> SAP Oviedo 260/2021, de 25 de junio de 2021

De manera que, a la luz de los hechos, teniendo en cuenta que cuando la menor vivía con su padre todos estos problemas no existían, y en beneficio del interés de la menor, debería mantenerse la guarda y custodia en exclusiva del padre ya que es el que ha garantizado y velado de la mejor manera por los intereses de su hija. Como hemos reiterado, y de acuerdo con la jurisprudencia, el interés de los progenitores nunca deberá ser preferente al de los menores.

En cuanto a la actitud de la madre, de manipular e influenciar sobre la menor trasmitiéndole una imagen negativa de su progenitor, que es lo que, en última instancia, provocó que Sara se fuera a vivir con ella, nos encontraríamos ante el conocido como “síndrome de alienación parental”. Según **RICHARD GARDNER**, el “*síndrome de alienación parental es un trastorno infantil que surge casi exclusivamente en el contexto de disputas por la custodia de los niños. Su manifestación primaria es la campaña de denigración del niño contra un padre, una campaña que no tiene justificación. Ello resulta de la combinación de una programación (lavado de cerebro) de adoctrinamiento parental y de las propias contribuciones del niño para el vilipendio del padre objetivo. Cuando un "maltrato/abuso sexual" está presente, la animosidad puede estar justificada y así la explicación del síndrome de alienación parental para la hostilidad del niño no es aplicable* <sup>33</sup>.

Una vez definido el síndrome de alienación parental, cabría preguntarse si éste trastorno infantil resulta ser un criterio determinante a la hora de otorgar o no la custodia de la menor a su madre.

La jurisprudencia ha venido abordando esta cuestión con gran profundidad, señalando que los progenitores deben procurar no dañar la imagen del otro cuando los hijos no estén con ellos. Esta cuestión ha tenido una gran relevancia en la jurisprudencia a la hora de otorgar o no la custodia.

En este sentido el **Tribunal Supremo en Sentencia 519/2017, de 22 de septiembre de 2017** plantea el caso en el que en un procedimiento de modificación de medidas se insta por el padre un cambio de las medidas adoptadas en la sentencia de

---

<sup>33</sup> GARDNER, R. A., *Legal and Psychotherapeutic Approaches to the Three Types of Parental Alienation Syndrome Families. When Psychiatry and the Law Join Forces*, Court Review, 199., pp 14 y ss.

divorcio. En la sentencia de divorcio se acordó la guardia y custodia exclusiva de la madre. El padre en su demanda, solicitó la custodia compartida de la hija común. Tanto el Juzgado de 1ª Instancia, como la Audiencia Provincial dieron la razón al padre a la hora de establecer el sistema de custodia compartida. La madre recurrió en casación al Tribunal Supremo, no obstante, el Alto Tribunal también apreció este síndrome de alienación parental, por lo que volvió a dar la razón al padre. En síntesis, el Tribunal Supremo sostiene, que, en beneficio del interés de la menor *“los progenitores los que han de velar por no influir negativamente en las opiniones de su hija, permitiéndole un armónico desarrollo de su personalidad, evitando las dependencias afectivas insanas y las manifestaciones verbales injuriosas contra el otro progenitor o su familia”*.<sup>34</sup>

Por otro lado, en **Sentencia del Tribunal Supremo 206/2018, de 11 de abril de 2018** se acuerda el cambio de custodia exclusiva del padre con la hija común del matrimonio derivado de éste síndrome de alienación parental. La madre manipuló psicológicamente a la menor, desprestigiando a su padre. En la sentencia referenciada se justifica la adopción de la custodia exclusiva del padre, derivado del síndrome de alienación parental al que sometió la madre a su hija de la siguiente manera: *“en conclusión, estamos ante un informe técnico, que pone de relieve, entre otros extremos, que la menor está severamente influenciada por la actitud de la progenitora que cuestiona y critica de forma absoluta a la figura paterna y que dicha situación "afecta a su desarrollo psicoevolutivo y puede tener serias secuelas en su vida posterior"; y como además resulta, que dicho parecer técnico es convergente con el resultado de la exploración de la menor y la insólita, incomprensible e injustificada finalidad que la menor atribuye al deseo del padre de obtener un cambio de régimen de guarda y custodia; la consecuencia, en convergencia con lo informado por el Ministerio Fiscal, mal puede ser distinta a la confirmación de la resolución apelada, pues el transcurso a lo largo del tiempo del régimen de custodia a favor de la madre ha revelado (al margen del periodo de reiterada contumacia en obstaculizar el régimen de visitas establecido en favor del padre; ténganse presentes en este sentido las cinco sentencias condenatorias en juicio de faltas referidas de forma indiscutida por la sentencia apelada), la creación de factores convivenciales altamente negativos para la íntegra formación psicológica y afectiva de la menor que, a modo de sustanciales circunstancias sobrevenidas determinan*

---

<sup>34</sup> STS 519/2017, de 22 de septiembre de 2017.

*que sea conforme a una consideración concreta y razonable del propio interés superior de la misma (...) El interés de la menor no ha de coincidir necesariamente con su voluntad que, como en este caso ha considerado la Audiencia, puede estar condicionada por alguno de los progenitores en perjuicio del otro. Por ello no cabe afirmar que la sentencia impugnada haya resuelto en contra de dicho interés. En este sentido el Ministerio Fiscal pone de manifiesto que (...) el interés superior de la menor ha sido analizado de manera precisa, exhaustiva y acertada, tomando la decisión de transferir la guarda y custodia de la menor de la madre al padre, con el fin de evitarle perjuicios que serían irreparables dada la mala influencia que sobre la menor ejerce la madre y que se puede revertir, estando al cuidado del padre”<sup>35</sup>.*

Por tanto, el hecho de que un progenitor manipule a un hijo común del matrimonio, transmitiéndole una imagen negativa del otro, puede afectar al desarrollo emocional, psicológico y social del menor, por lo que, para evitar llegar a dar este tipo de situaciones, se podría modificar, por esta circunstancia, el sistema de custodia de la menor.

Trasladándolo al supuesto de hecho que nos concierne, sería viable que, alegando este síndrome de alienación parental, justificado con una prueba pericial del equipo psicosocial, se pudiese mantener el sistema de guarda y custodia de la hija menor con su padre, consiguiendo así dar satisfacción a los intereses del padre respecto de este punto concreto.

### **5.3- En el caso de extinguirse el derecho a la pensión de alimentos, desde cuando deberían dejarse de abonar éstos.**

Una vez han sido analizadas al comienzo de este dictamen las diferencias existentes del derecho a la pensión de alimentos a entre hijos mayores de edad y menores, podemos tratar de dar respuesta a la pregunta de si teniendo en cuenta que el interés del padre es la extinción del derecho a la pensión de alimentos de los hijos, y que éste solamente es viable en el caso del hijo mayor de edad, por tener tal condición, mientras que en con la hija menor de edad, este derecho de alimentos está especialmente reforzado,

---

<sup>35</sup> STS 206/2018, de 11 de abril de 2018.

¿desde cuándo se podría declarar extinguida la pensión de alimentos respecto del hijo mayor de edad, Javier?.

A falta de una regulación expresa sobre esta cuestión, al igual que la doctrina mayoritaria, encontraremos apoyo en los artículos 106 del Código Civil y 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para tratar de dar respuesta a esta cuestión.

El primero de los preceptos señalados establece, “*los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo*”<sup>36</sup>.

Por su parte, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sostiene que “*los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta*”<sup>37</sup>.

Estos dos artículos han permitido a la doctrina jurisprudencial sostener que “*cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente*”<sup>38</sup>.

La **Sentencia del Tribunal Supremo 86/2020, de 6 de febrero de 2020**, a parte de lo mencionado anteriormente, adiciona: *Esta Sala mantiene una doctrina constante en relación con la retroactividad de la pensión alimenticia, entendiéndolo que cuando se plantea procedimiento de modificación de medidas, la pensión que en él se fije (si es diferente a la de primera instancia), opera desde el dictado de la sentencia fallada en el procedimiento de modificación.*<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Artículo 106 del Código Civil.

<sup>37</sup> Artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>38</sup> STS 86/2020, de 6 de febrero de 2020. (Véase también, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo 86/2020, de 6 de febrero de 2020; STS 32/2019, de 17 de enero de 2019; STS 162/2014, de 26 de marzo de 2014).

<sup>39</sup> STS 86/2020, de 6 de febrero de 2020.

Es decir, de la lectura de la jurisprudencia mayoritaria, podemos entender que la extinción de la pensión alimenticia operaría desde el momento en el que se dictase la sentencia que resolviese el procedimiento de modificación de medidas. Sólo hasta ese momento, el padre, a priori, estaría obligado a abonar el importe de la pensión de alimentos del hijo mayor de edad, que es el que interesa en el supuesto, para extinguirla.

Dicho lo anterior, hay una corriente jurisprudencial minoritaria que rompe con esta doctrina seguida por el Tribunal Supremo, y viene admitiendo la posibilidad de extinguir la pensión alimenticia con efectos retroactivos no desde la fecha de la sentencia, sino desde la fecha de interposición de la demanda. Así, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 826/2018, de 24 de julio de 2018**, establece lo siguiente al respecto: *En esta situación no fijar los efectos extintivos de la obligación a la fecha de la demanda, cuando ya no existe causa alguna para mantenerla, determinaría dejar a la acreedora de la pensión, es decir, a la madre, en situación de ejecutar un título que contiene una obligación formal cuando ya se ha extinguido el derecho que dicha obligación otorga y ello en perjuicio del padre, que es el deudor formal y con ello, dada la intangibilidad de las sentencias firmes ( STC de 23 de abril de 2018 ), se estaría legitimando un verdadero abuso de derecho lo que está vedado por el 7.2 del Código Civil.*<sup>40</sup>

Una vez vistos los criterios jurisprudenciales para proceder a la extinción de la pensión de alimentos, habría que señalar que, teniendo en cuenta los intereses del padre por extinguir la pensión de alimentos respecto del hijo mayor de edad, al no ser posible la de la menor, la jurisprudencia favorable a los deseos del padre sería la sostenida por la Audiencia Provincial de Barcelona, que acuerda la extinción de la pensión de alimentos desde la fecha de interposición de la demanda y no desde la fecha en la que se dicte sentencia. Las posibilidades reales y efectivas de que el padre pudiese dejar de abonar la pensión de alimentos de su hijo, Javier, desde la fecha de la demanda y no desde la de la sentencia serían escasas al ser contrarias a lo sostenido por la jurisprudencia mayoritaria, que acuerda la extinción desde la fecha de la sentencia. Solamente una escasa jurisprudencia minoritaria se pronuncia en el otro sentido. Por ello, habría un mínimo de posibilidades de que el Juzgador de instancia pudiese acordar la extinción de la pensión

---

<sup>40</sup> SAP Barcelona 826/2018, de 24 de julio de 2018

de alimentos desde la fecha de la demanda, que sería lo más beneficioso para los intereses del padre.

#### **5.4.-Requisitos necesarios para poder iniciar un procedimiento de modificación de medidas definitivas acordadas en sentencia de divorcio**

Requisito imprescindible y necesario para poder iniciar el procedimiento de modificación de medidas adoptadas judicialmente, según establecen tanto el art. 90 CC, como el art. 91 in fine<sup>41</sup> y 775 LEC, es que hayan alterado sustancialmente las circunstancias en que se fundaron las anteriormente adoptadas, o, como dice textualmente el 775.1 LEC, que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas.

La cuestión, por tanto, será que se entiende por variación sustancial de las circunstancias. En este sentido, y a falta de una regulación exhaustiva que lo aclare, debemos acudir a la jurisprudencia para poder dar una respuesta

Sobre este particular, resulta muy relevante lo establecido en la **Sentencia del Tribunal Supremo 508/2011, de 27 de junio de 2011** al precisar los requisitos necesarios para poder acordar una modificación de medidas:

- 1) Que haya existido y se acredite debidamente una modificación o alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción,*
- 2) Que sea sustancial, de tal importancia que haga suponer que de haber existido entonces, se hubieran adoptado otras distintas, al menos en la cuantía,*
- 3) Que no sea esporádica o transitoria, sino que presente con caracteres de estabilidad o de permanencia,*
- 4) Que la alteración o modificación no haya sido provocada voluntariamente o de propósito para obtener una modificación de las medidas ya adoptadas y sustituirlas por otras que resulten más beneficiosas para el solicitante<sup>42</sup>*

---

<sup>41</sup> Art. 90 CC: Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el letrado de la Administración de justicia o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código.

<sup>42</sup> STS 508/2011, de 27 de junio de 2011.

Llevados todos estos requisitos al supuesto que nos ocupa, considero que sí se dan todas circunstancias que exige el Tribunal Supremo para poder proceder a un cambio en las medidas definitivas determinadas en la sentencia de divorcio

Respecto al primer requisito señalado, resulta evidente, que, a tenor de los hechos relatados, existe una patente alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en la sentencia de divorcio. En este sentido, uno de los hijos actualmente es mayor de edad, siendo menor cuando se dictó la sentencia de divorcio, además, ya no reside con su madre, sino sólo y en otra ciudad. Por otro lado, respecto de la menor, ésta no vive con su padre sino con su madre, además, mientras había convivido con el padre era una niña aplicada en los estudios, y nunca se habían quejado de ella los profesores, mientras que, tras la convivencia con la madre, ocurre lo contrario. Además, pasó de ser una persona que no presentaba ningún problema ni ninguna incidencia en cuanto a su desarrollo personal y social, donde gozaba de un entorno familiar y social saludable, a empezarse a relacionar con gente poco recomendable, a consumir sustancias, etc. A todo esto hay que añadirle que, en su momento, no tenía ningún problema en la relación con su padre, cuestión que ha cambiado radicalmente desde el momento en el que se insta el procedimiento de modificación de medidas.

Los cambios relatados en el punto anterior muestran que no se tratan de cambios menores sino que éstos son de una envergadura sustancial, como requiere el apartado segundo de esta sentencia.

Los hechos narrados reflejan que todas estas circunstancias, que dan lugar a la solicitud de la modificación de medidas, no son pasajeras o puntuales sino presentan notas de estabilidad, cumpliéndose así lo indicado en el párrafo tercero de esta sentencia. El hijo, se supone, tiene previsto vivir en otra ciudad hasta, al menos, finalizar sus estudios. Con respecto a la menor, de los hechos narrados vemos que no se tratan de eventos puntuales. Por ejemplo, ya hay una situación consolidada desde hace meses de que no reside con su padre, además de la cuestión académica y social.

Por último, el cuarto requisito también se cumple, pues la modificación de medidas no ha sido provocada voluntariamente sino que la actitud de los hijos, junto con la anuencia de la madre, han sido los detonantes que hacen precisa la necesidad de modificación de las medidas adoptadas en la sentencia de divorcio.

## **5.5.- Órgano judicial competente para conocer dicho procedimiento.**

Según preceptúa el art. 779 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procesos matrimoniales, *“Salvo que expresamente se disponga otra cosa, será tribunal competente para conocer de los procedimientos a que se refiere este capítulo el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado.*

*Los que no tuvieren domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante y, si tampoco pudiere determinarse así la competencia, corresponderá ésta al tribunal del domicilio del actor”.*

La competencia objetiva correspondería, pues, a los Juzgados de Primera Instancia, o a los Juzgados de Familia en aquellas poblaciones en las que se hubiesen creado estos órganos especializados<sup>43</sup>. Mientras que para determinar la competencia territorial, el citado artículo establece un fuero principal y excluyente (el del domicilio de los cónyuges) y cuatro fueros subsidiarios, que concurren electivamente de dos en dos, cuando los cónyuges vivan en distintos partidos, y cuando el demandado no tuviere domicilio o residencia fijo; y un fuero residual el del domicilio del actor .

El fuero principal es el del domicilio de los cónyuges, en este supuesto ambos cónyuges residen en Valladolid, correspondiendo, por tanto, competencia territorial al Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, y por ello éste ha sido el órgano competente que ha conocido de la demanda de divorcio y ha determinado las medidas finales en la sentencia de dicho divorcio.

Del artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se deduce que para el conocimiento de la demanda, así como la resolución del litigio de modificación de

---

<sup>43</sup> El origen de los Juzgados de Familia se debe al RD1322/1981, que atribuyó la competencia para conocer cuestiones relativas a cuestiones paterno-filiales y a la separación, nulidad y el divorcio, así como el enjuiciamiento de aquellas otras materias que la ley determinase a los Juzgados de Primera Instancia que creaba en las capitales más importantes, el CGPJ, en virtud del art. 98 LOPJ los estableció en otras ciudades.

medidas será competente el mismo Tribunal que estableció las medidas definitivas (ya sean de alimentos, guardia y custodia, etc) que ahora se quieren modificar. *“podrán solicitar del Tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas<sup>44</sup>.*

Por tanto, a pesar de que el hijo mayor reside en otra ciudad esto no alteraría la regla competencial, ya que, en todo caso, el Juzgado competente sería el que conoció del procedimiento de divorcio. Es decir, que si el Tribunal que conoció el procedimiento de divorcio en el que se establecían las medidas que ahora se buscan modificar fue el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, éste volverá a ser el competente para conocer del procedimiento de modificación de medidas.

## **5.6-Procedimiento judicial a seguir y particularidades del mismo**

El procedimiento de modificación de medidas, como ya se ha señalado anteriormente, se encuentra regulado en los arts. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El apartado 2 del citado artículo establece que las peticiones de modificación de medidas definitivas se tramitaran conforme al art 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De conformidad con el art. 770 Ley de Enjuiciamiento Civil. *“las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el art. 777 -esto es, las de mutuo acuerdo-, las de nulidad del matrimonio y las y las demás que se formulen al amparo del título IV del libro I del Código Civil, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de este título, y con sujeción, además, a las siguientes reglas”.*

Teniendo en cuenta lo establecido en los citados artículos podemos decir, que las particularidades de este procedimiento son:

En primer lugar, la legitimación , ya que el art- 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye legitimación para instar este procedimiento no sólo a los cónyuges sino

---

<sup>44</sup> Artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

también al El Ministerio Fiscal, “*habiendo hijos menores o hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del Tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas*”.

La intervención del Ministerio Fiscal encuentra su amparo en el artículo 124 de la Constitución Española en defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la Ley y en el artículo 3, 6.º, de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal al señalar que *corresponde al Ministerio Fiscal tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley*<sup>45</sup>.

Por ello, el art. 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que *en los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, persona con discapacidad o este en situación de ausencia legal*.

A pesar de que, de normal, el Ministerio Fiscal actuará como parte demandada, también podría, dado el caso, actuar como parte actora, pudiendo instar un procedimiento de modificación de medidas, si tiene conocimiento de su necesidad y si lo estima necesario en interés del menor. En este asunto, al interponer Doña Lucia la demanda de modificación de medidas, el Ministerio Fiscal sería, junto al padre, parte demandada.

La intervención del Ministerio Fiscal recobraría, en este supuesto, especial trascendencia respecto de las decisiones que se adopten en relación a la hija menor de edad, Sara, fundamentalmente en lo que respecta a la guarda y custodia y la pensión alimenticia de la menor. Sin embargo, no sería necesaria la intervención del Ministerio Fiscal respecto a las medidas que se solicitaran en relación al hijo mayor de edad, Javier, por tener tal condición.

---

<sup>45</sup> Artículo 3, 6.º, de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

En cuanto a la reconvencción, ésta aparece regulada en el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, teniendo en cuenta que la misma solo se admitiría cuando el cónyuge demandado, es decir, Don Mario, pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio. Al solicitarse por Don Mario, en su contestación a la demanda, no solo la desestimación de la demanda, interpuesta de contrario, sino también la adopción de medidas relativas a la extinción de la pensión de alimentos, lo que supone un cambio respecto a las medidas adoptadas en este extremo en concreto en relación a la situación anterior. La fórmula a través de la cual habría de solicitarse por el abogado esta nueva pretensión sería a través de la reconvencción. Respecto la guarda y custodia, como lo que le interesa a Don Mario, en este punto, es simplemente la desestimación de las pretensiones de la madre y mantener el sistema de guarda y custodia que venía rigiendo hasta el momento respecto de Sara, bastaría con oponerse a dicha petición en la contestación a la demanda, no siendo necesaria la reconvencción.

A la vista deberán concurrir las partes por sí mismas, con apercibimiento de que su incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial. También será obligatoria la presencia de los abogados respectivos. Por lo cual, sería conveniente que el abogado advirtiese a Don Mario de la importancia de su presencia en el acto de la vista, dada cuenta de los efectos jurídicos que se pudiesen devenir de su incomparecencia en la misma, que no favorecen en nada sus intereses, sino al contrario.

Respecto de las pruebas que quiera hacer valer el padre, éstas serían solamente documentales (conversaciones, correos electrónicos, declaraciones de IRPF a efectos de acreditar la capacidad económica de las partes) por lo cual de acuerdo con el artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el momento procesal para aportarlos sería en la contestación a la demanda.

Además, al ser este procedimiento contencioso, los hijos podrían ser oídos al tener ambos más de doce años. Esta exploración consistirá en una entrevista de los hijos ante el Juez y el Ministerio Fiscal (no estando presentes las partes ni sus abogados, para así

salvaguardar su derecho a la intimidad), exenta de formalismos. Las preguntas que se les formularían estarían encaminadas a conocer el parecer de los hijos sobre las medidas que sobre ellos recaerán en relación a la guarda y custodia, alimentos, etc. Así el Juez y el Fiscal podrían conocer cuales son las preferencias que tienen sobre las cuestiones que se están debatiendo y que, en definitiva, les afectaría.

La dicho por los hijos en esta exploración no sería vinculante para el Juez a la hora de dictar sentencia, pero su opinión suele ser considerada y tenida en cuenta. Es importante recalcar que la exploración judicial de los hijos, según viene entendiendo la jurisprudencia mayoritaria, “*no es propiamente una prueba*”<sup>46</sup>, sino un derecho del menor<sup>47</sup>.

Trasladando esto a nuestro caso, teniendo en cuenta que los hijos se encuentran manipulados por la madre, no sería muy conveniente desde la perspectiva del padre que se solicitase esta prueba. No obstante, en el caso de que de oficio el Juzgado la practicase o fuese solicitada a instancia de la madre, sería conveniente anticiparse a dicha exploración judicial alegando en la demanda, incluso en la vista, que de acuerdo con la jurisprudencia mencionada en el epígrafe 5.2 de este trabajo, la opinión de los hijos, no puede alzarse como elemento decisorio a la hora de adoptar las medidas que se proponen, para tratar de desvirtuar el resultado de dicha exploración judicial.

Por último, conviene señalar que, a pesar de haberse iniciado un procedimiento judicial por la madre al interponer la oportuna demanda, el artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé la posibilidad de que incluso en la fase procesal de la vista, las partes puedan llegar a un acuerdo o incluso manifestar que han llegado a un acuerdo con anterioridad. Esta es una realidad bastante habitual en los procedimientos de familia. En este caso concreto, no parece factible que se pueda llegar a algún tipo de acuerdo entre las partes que pueda dar satisfacción íntegramente a ambas, aunque sea mínimamente, ya que las pretensiones de ambas son muy diferentes y las posiciones muy enconadas. Por lo cual, lo más probable será que el procedimiento continuase sin acuerdo, ya que no parece haber puntos intermedios sobre los cuales las partes puedan ceder. En el hipotético

---

<sup>46</sup> SAP Barcelona 83/2015, de 17 de febrero de 2015.

<sup>47</sup> GARCÍA GARCIA, N., *Audiencia y exploración del menor: un derecho, no una obligación*, Madrid, 2013, pp 3 y ss.

supuesto de que las partes finalmente alcanzasen un acuerdo, éste se homologaría por el Juez, y en caso de incumplimiento del mismo, la parte perjudicada podría solicitar su ejecución al ser éste un título ejecutivo.

## **6. CONCLUSIONES**

**I.-** La modificación de medidas en derecho de familia, y todo lo relacionada con las mismas, es decir, alimentos, guardia y custodia, etc., son juicios que presentan una gran complejidad. Las normas existentes sobre este particular no son suficiente para abordar todas las posibilidades que se pueden llegar a plantear en el día a día de la práctica jurídica. Por ello, es fundamental acudir a la casuística, y con ella a la jurisprudencia, para dar respuesta al dictamen ante el que nos encontramos

En relación a la posibilidad de que Don Mario deje de abonar la pensión de alimentos a sus hijos, conviene a hacer dos grandes diferencias, derivadas de la mayoría y minoría de edad de los mismos.

Con respecto al hijo mayor de edad, hemos visto que la jurisprudencia viene avalando la posibilidad de extinguir el derecho a la pensión de alimentos que tienen los hijos mayores cuando éstos no tengan relación con su padre, por causas exclusivamente imputables a los mismos, como sería el caso. Por lo cual, respecto del hijo mayor de edad, Javier, considero viable y factible que el padre deje de abonar su derecho a la pensión de alimentos. Mientras que en el supuesto de la hija menor, la jurisprudencia analizada, a pesar de que la situación fáctica de los hermanos sea la misma, establece grandes diferencias con respecto a los hijos mayores, otorgando a los hijos menores una mayor protección. Por lo cual, teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales analizados en el presente dictamen, entendemos que, en contra de los deseos de Don Mario, éste debería seguir abonando la pensión de su hija menor.

**II.-** Respecto de si habría alguna posibilidad para no conceder la custodia exclusiva de la menor a la madre, a pesar de ser “deseo de la menor”. Analizada la jurisprudencia más reciente, los deseos de los hijos menores de edad no se consideran por la misma como

un criterio determinante a tener en cuenta por el órgano judicial a la hora de fallar en este sentido.

Por otro lado, a la hora de valorar la conveniencia para la menor de que su madre ostente su guardia y custodia en exclusiva, teniendo en cuenta la jurisprudencia mas reciente sobre este particular, no sería conveniente que se le otorgase a Doña Lucia la custodia de su hija, pues el interés superior del menor es el criterio prioritario que debe de seguir el juzgador para determinar cualquier medida relativa a menores, y no los deseos de los progenitores, y a la luz de lo acontecido desde que la menor reside con su madre su desarrollo personal, académico y social ha sido negativo para su interés. Por lo cual, el padre verá satisfechas sus pretensiones en este punto, al ser ya totalmente desaconsejable para el desarrollo y el interés de su hija menor de edad que la madre ostente su guardia y custodia en exclusiva.

**III.-** En relación a la determinación del momento a partir del cual el padre tendría que dejar de pagar alimentos a sus hijos en el supuesto de extinguirse el derecho a los mismos. A falta de una regulación expresa sobre esta cuestión en el Código Civil, habremos de acudir a la jurisprudencia para encontrar una solución. En este sentido, mientras que para una jurisprudencia mayoritaria, como hemos visto y analizado, la extinción retroactiva de los alimentos operaría desde el momento en el que se dictara la sentencia. Para otra, minoritaria, la extinción retroactiva de los alimentos comenzaría desde la fecha de la demanda.

Siendo los deseos del padre la extinción de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad y la rebaja en la cuantía de la misma respecto de la hija menor, lo menos oneroso para sus intereses sería que el Tribunal de instancia aplicase la doctrina de la jurisprudencia minoritaria, sin embargo, las posibilidades de que esto ocurra, aunque no nulas, si son poco probables. Solo así se verían satisfechos los deseos del padre.

**IV.-** Requisito imprescindible y necesario para poder iniciar el procedimiento de modificación de medidas adoptadas judicialmente, según establecen tanto el art. 90 del Código Civil, como el art. 91 in fine, y el 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es que se hayan alterado sustancialmente las circunstancias en que se fundaron las anteriormente adoptadas, o, como dice textualmente el 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas. Por

modificación sustancial, entendemos, de acuerdo con la jurisprudencia, aquella que es de envergadura, y no transitoria en el tiempo, fundamentalmente. Por ello, considero que, en este dictamen, se dan los requisitos jurisprudencialmente exigidos para poder acordar una modificación de medidas.

**V.-** En cuanto al órgano competente para conocer del asunto, la Ley de Enjuiciamiento Civil no dejar lugar a dudas respecto de esta cuestión. Sería, inequívocamente, el Juzgado de Primera Instancia que conoció del procedimiento de divorcio y que por tanto fijó las medidas que ahora se pretende modificar.

**VI.-** Por último, en relación al procedimiento a seguir, los requisitos y particularidades que presenta el mismo, la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé expresamente un procedimiento de modificación de medidas, que se enmarca dentro de los procesos matrimoniales, y que se tramitaría conforme las reglas del juicio verbal. Una de las particularidades más destacadas de este procedimiento sería la intervención del Ministerio Fiscal; figura que deviene obligada para salvaguardar los intereses de los hijos menores de edad. Otra, la posibilidad de plantear la reconvencción para el supuesto de solicitar medidas diferentes de las que plantea la parte actora en su demanda. Asimismo, es posible llegar a un acuerdo entre los cónyuges incluso en el mismo acto de la vista y que dé por finalizado el procedimiento, siendo dicho acuerdo homologado y plenamente ejecutable. Para finalizar es preciso mencionar la posibilidad de que se pueda llevar a cabo en este tipo de procedimientos una exploración judicial de los hijos, llevada a cabo por el Juez y el Ministerio Fiscal, en ausencia de las partes y sus abogados, para tener en cuenta su opinión sobre las medidas a adoptar, aunque no sea vinculante para el tribunal lo manifestado por los mismos.

## 7. BILIOGRAFÍA

### 7.1 MANUALES Y DOCTRINA

BORRAS, A., ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, *El Derecho de Familia ante los nuevos retos legales*, Madrid, 2012.

COBACHO GÓMEZ, J. A., *La deuda alimenticia*, Madrid, 1990.

GARCÍA GARCIA, N., *Audiencia y exploración del menor: un derecho, no una obligación*, Madrid, 2013.

GARDNER, R. A, *Legal and Psychotherapeutic Approaches to the Three Types of Parental Alienation Syndrome Families. When Psychiatry and the Law Join Forces*, Court Review, 1991.

LACRUZ BERDEJO, J. L., “*Elementos de derecho civil. Tomo IV: Familia*”, (4.ed.), Madrid, 2010.

ROCA I TRÍAS, E., *Comentarios al artículo 29 del Código Civil español*, Ministerio de Justicia, 1991.

ROGEL VIDE, C., & ESPÍN ALBA, I., *Derecho de la Familia*, Colección Jurídica General, Madrid, 2010.

SANTAMARÍA, M. L., *El concepto del interés superior del niño y su dimensión*

*Constitucional*, Universitat Politècnica de València, 2018.

## 7.2 WEBS CONSULTADAS

<https://www.mundojuridico.info/efectos-retroactivos-la-extincion-la-pension-alimentos/#:~:text=%2D%20CONCLUSI%C3%93N%3A-,%20tiene%20efectos%20retroactivos%20la%20extinci%C3%B3n%20de%20la%20pensi%C3%B3n%20de,procedimiento%20de%20modificaci%C3%B3n%20de%20medidas.>

<https://www.mateobuenoabogado.com/el-ministerio-fiscal-y-el-interes-superior-del-menor-una-extrana-pareja/>

<http://www.abogadofamilia.es/articulos-prensa/requisitos-modificacion-medidas-patnofiliales-sep-2018-economist-jurist.pdf>

<https://www.mundojuridico.info/juzgado-competente-la-modificacion-medidas-definitivas/>

<https://blog.sepin.es/2016/09/competencia-procesos-modificacion-de-medidas-criterio-tribunal-supremo/>

<https://www.oscar-cano.com/las-modificaciones-de-medidas-ante-el-juzgado-que-resolvio-primero/>

<https://www.mundojuridico.info/criterios-para-calcular-la-pension-de-alimentos/>

<https://blog.sepin.es/2019/02/pension-alimenticia-cuanta-minimo-vital/>

<https://www.mundojuridico.info/pension-alimentos/>

## **7.3 JURISPRUDENCIA Y CIRCULARES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO CONSULTADAS**

### **7.3.1 Sentencias del Tribunal Supremo**

Sentencia del Tribunal Supremo 918/93, de 5 de octubre de 1993.  
ECLI:ES:TS:1993:6585

Sentencia del Tribunal Supremo 713/1996, de 17 de septiembre de 1996.  
ECLI:ES:TS:1996:4858

Sentencia del Tribunal Supremo 184/2001, de 1 de marzo de 2001.  
ECLI:ES:TS:2001:1584

Sentencia del Tribunal Supremo 508/2011, de 27 de junio de 2011.  
ECLI:ES:TS:2011:4632

Sentencia del Tribunal Supremo 641/2011 de 27 de septiembre de 2011.  
ECLI:ES:TS:2011:5880

Sentencia del Tribunal Supremo 162/2014, de 26 de marzo de 2014.  
ECLI:ES:TS:2014:1111

Sentencia del Tribunal Supremo 165/2014, de 28 de marzo de 2014.  
ECLI:ES:TS:2014:1216

Sentencia del Tribunal Supremo 579/2014, de 15 de octubre de 2014.  
ECLI:ES:TS:2014:4438

Sentencia del Tribunal Supremo 55/2015, de 12 de febrero de 2015.  
ECLI:ES:TS:2015:439

Sentencia del Tribunal Supremo 558/2016, de 21 de septiembre de 2016.  
ECLI:ES:TS:2016:4101

Sentencia del Tribunal Supremo 395/2017, de 22 de junio de 2017.

ECLI:ES:TS:2017:2511

Sentencia del Tribunal Supremo 394/2017, de 22 de junio de 2017.

ECLI:ES:TS:2017:2514

Sentencia del Tribunal Supremo 500/2017, de 13 de septiembre de 2017.

ECLI:ES:TS:2017:3277

Sentencia del Tribunal Supremo 519/2017, de 22 de septiembre de 2017.

ECLI:ES:TS:2017:3327

Sentencia del Tribunal Supremo 206/2018, de 11 de abril de 2018.

ECLI:ES:TS:2018:1351

Sentencia del Tribunal Supremo 32/2019, de 17 de enero de 2019.

ECLI:ES:TS:2019:49

Sentencia del Tribunal Supremo 104/2019, de 19 de febrero de 2019.

ECLI:ES:TS:2019:502

Sentencia del Tribunal Supremo 86/2020, de 6 de febrero de 2020.

ECLI:ES:TS:2020:349

### **7.3.2 Sentencias de Audiencias Provinciales**

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 783/2010, de 15 de octubre de 2010.

ECLI:ES:APBI:2010:1974

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 765/2013, de 6 de noviembre de 2013. ECLI:ES:APB:2013:12481

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 83/2015, de 17 de febrero de 2015.

ECLI:ES:APB:2015:1766

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 92/2016, de 3 de marzo de 2016.

ECLI:ES:APO:2016:614

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 826/2018, de 24 de julio de 2018.  
ECLI:ES:APB:2018:7222

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 155/2019, de 9 de abril de 2019.  
ECLI:ES:APVA:2019:599

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 204/2021, de 27 de abril de 2021.  
ECLI:ES:APS:2021:294

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila 80/2021, de 10 de marzo de 2021.  
ECLI:ES:APAV:2021:117

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 260/2021, de 25 de junio de 2021.  
ECLI:ES:APO:2021:2078

### **7.3.3 Circulares de la Fiscalía General del Estado**

Circular 3/1986, de 15 de diciembre, sobre intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y divorcio

Circular 1/2001, de 5 de abril de 2001, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles