



Roj: **STS 171/2025 - ECLI:ES:TS:2025:171**

Id Cendoj: **28079110012025100072**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/01/2025**

Nº de Recurso: **4080/2022**

Nº de Resolución: **82/2025**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 82/2025**

Fecha de sentencia: 16/01/2025

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4080/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/01/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Procedencia: Audiencia Provincial de Asturias. Sección Sexta

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Fernando Javier Navalon Romero

Transcrito por: Emgg

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4080/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Fernando Javier Navalon Romero

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 82/2025**

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 16 de enero de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.ª Ariadna , representada por la procuradora del turno de oficio D.ª María Amaya Castillo Gallo, bajo la dirección letrada de D. José Enrique Carrero-Blanco Martínez-Hombre, contra la sentencia n.º 125/22, dictada el 28 de marzo de 2022 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Asturias en el rollo de apelación n.º 568/2021,



dimanante del procedimiento de modificación de medidas n.º 308/2020 seguido en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Cangas de Onís.

Ha sido parte recurrida D. Rosendo, representada por el procurador designado por el turno de oficio D. Javier Calvo-Fernández Fierros, bajo la dirección letrada del colegiado designado de oficio, D. Pablo Urrutia Santos.

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. El 16 de septiembre de 2020, la procuradora D.ª Bárbara Estrada Marina, en nombre y representación de D.ª Ariadna, presentó una demanda contenciosa de modificación de medidas definitivas, por la alteración sustancial de las circunstancias, contra D. Rosendo, en la que solicitaba que, seguidos los trámites procesales pertinentes, se dictase sentencia por la que se acordase la modificación de las medidas que se habían establecido en la sentencia dictada el 9 de abril de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Cangas de Onís en el procedimiento n.º 17/2019 sobre guarda, custodia y alimentos, por la que se estableció la atribución de la guarda y custodia de los menores al padre, fijándose un régimen de visitas a favor de la madre consistente en fines de semana alternos y la mitad de los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano, así como el abono por la madre a los menores en concepto de pensión de alimentos del 30% de los ingresos netos percibidos por cualquier concepto, con un mínimo vital de 100 euros; sentencia que fue revocada parcialmente en apelación por sentencia de fecha 24 de octubre de 2019 en el único extremo de incluir en el régimen de visitas a favor de la madre una tarde intersemanal, conforme establecía el auto de Medidas Provisionales Previas de fecha 11 de diciembre de 2018, sustituyéndolas por las siguientes:

«[...]1º La guardia y custodia de los hijos comunes de ambos se atribuya a la madre Ariadna.

»En cuanto al régimen de visitas, se regirá, a falta de acuerdo de los progenitores, de la siguiente manera:

»1. Fines de semana alternos, desde el viernes a las 19:00 horas hasta el domingo a las 19:00 horas o, en caso de haber puente, desde que empiece hasta el día en el que finalice dicho periodo.

»2. La mitad de los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y la mitad de las vacaciones de verano. Estos períodos serán alternativos, eligiendo, la madre los años impares y el padre los pares, el período de vacaciones que le corresponde pasar con sus hijos.

»2º) Previa supresión de la obligación del abono de la pensión de alimentos a cargo de la madre se establezca que el que el padre abonará en la cuenta que se le facilite por parte de la madre:

»- En el caso de que perciba prestación por desempleo, abonará la cantidad de **100€ (CIEN EUROS)** al mes a cargo por cada uno de los hijos menores, pagaderos por adelantado antes del día 10 de cada mes, a ingresar en la cuenta que la madre designe al efecto.

»- En el momento en el que el progenitor no custodio obtuviera algún trabajo o tipo de rentas, se regirá por las siguientes reglas:

» Hasta 1.000 € de ingresos, 150 € (CIENTO CINCUENTA EUROS) por cada uno de los hijos.

» Por cada tramo de 500 € (QUINIENTOS EUROS) adicionales, se incrementará la cantidad anteriormente mencionada en 50 € (CINCuenta EUROS) por cada uno de los hijos.

»Dicha pensión será actualizada cada mes de enero conforme al Índice Oficial de Precios al Consumo para el conjunto nacional.

»3º) El padre abonará a la madre la mitad de los gastos en material escolar que se generen al inicio del curso escolar

»4º) Los gastos extraordinarios devengados por el hijo menor serán sufragados al 50% por ambos progenitores, teniendo la consideración los que previsiblemente excedan del carácter de ordinarios, como los médicos no cubiertos por la Seguridad Social, aparatos correctores (ortodoncia, gafas, lentillas, zapatos ortopédicos...) y los honorarios médicos correspondientes; clases particulares y actos extraescolares no contemplados en esta fecha, viajes formativos al extranjero, viajes de estudio, estudios superiores, etc. Debiendo, en todo caso, consultarse al progenitor no custodio sobre la necesidad de dicho gasto.

»5º) Se condene en costas al demandado, si se opusiera a lo pedido en esta demanda.»



2.La demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Cangas de Onís y quedó registrada con el n.º 3082020 (Modificación de medidas). Admitida a trámite mediante decreto de 9 de noviembre de 2020, se emplazó a la parte demandada y al Ministerio Fiscal para que comparecieran en autos y la contestaran en el plazo de veinte días hábiles.

El Ministerio Fiscal contestó la demanda el 25 de noviembre de 2020 mediante escrito en el que interesaba que se confirmaran las medidas cuya modificación se pretendía si en el curso del procedimiento no se probaba lo alegado en la demanda.

La parte demandada se personó en las actuaciones y presentó escrito de contestación a la demanda, interesando que se dictase sentencia que la desestimase íntegramente, con expresa imposición de costas a la actora.

3.Tras seguirse los trámites correspondientes la juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Cangas de Onís dictó la sentencia n.º 118/2021, de 9 de julio de 2021, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO

»Que desestimo íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de D<sup>ña</sup>. Ariadna frente a D. Rosendo .

»Sin expresa imposición de las costas causadas en esta instancia.»

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

1.La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la parte demandante, D.<sup>a</sup> Ariadna . La representación procesal del demandado presentó escrito de oposición al recurso de apelación planteado en el que solicitaba que se confirmase íntegramente la sentencia de instancia con expresa imposición de costas a la recurrente. El Ministerio Fiscal se opuso al recurso planteado por la demandante.

2.La resolución del recurso de apelación correspondió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Asturias que lo tramitó con el número de rollo 568/2021 y, tras seguirse los trámites correspondientes, dictó la sentencia n.º 125/2022, el 28 de marzo de 2022, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D<sup>ña</sup>. Ariadna contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Cangas de Onís en los autos de que este rollo dimana confirmamos dicha resolución sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta segunda instancia, aunque declarando perdido el depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal correspondiente.»

Mediante auto de 8 de abril de 2022 se acordó que no había lugar a la aclaración, subsanación y complemento de la sentencia solicitado por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Ariadna en su escrito de fecha 31 de marzo de 2022.

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

1.la representación de D.<sup>a</sup> Ariadna interpuso recurso de extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia, de 28 de marzo de 2022, dictada en grado de apelación contra la del Juzgado de Cangas de Onís de 15 de julio de 2021, conforme a lo dispuesto en los arts. 469.1. 3º y 4, por infracción de los arts. 218, 270, 464, 752 LEC en relación art. 24 y 120.3 CE; 477.1, 2.1º y 3º y 3 en relación con art. 92 y 94 CC y doctrina del TS emanada por la STS 215/2019, de 5 abril.

1.1 Fundamenta la presentación del recurso extraordinario por infracción procesal en dos motivos que introduce con los siguientes encabezamientos:

«[...]PRIMERO.- Motivo 469.1.3º y 4º LEC. Infracción de ley en relación con el art. 24 y 120.3 CE e infracción de los arts. 270, 464 y 752 LEC en relación con el art. 285 del mismo cuerpo legal: Ausencia de pronunciamiento sobre la admisión o inadmisión del Auto dictado por el Juzgado de Cangas de Onís el 28 de febrero de 2022 en autos de EFM 98/2022 por el que acuerda aplicar el art. 776.3 LEC.

«[...]SEGUNDO.- Motivo 469.1.3º y 4º LEC. Infracción de ley: Art. 218 LEC en relación con el art. 24 y 120.3 CE: valoración sesgada de los medios de prueba practicados en el procedimiento.

1.2 Fundamenta la presentación del recurso de casación en dos motivos que introduce con los siguientes encabezamientos:

«[...]PRIMERO.- Motivo 477.2.3º y 3 LEC: infracción de ley en relación con el art. 94 CC de conformidad con la redacción dada por la Ley 8/2021.



«[...]SEGUNDO.- - Motivo 477.3 LEC: infracción de ley art 92 CC en relación con el 94 CC e infracción doctrina TS por ser la sentencia de la Audiencia contraria a la doctrina de la Sala Primera de este Tribunal 215/2019, de 5 abril, y 729/2021 por no resolver en interés de los menores.

2. Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes, mediante auto de 10 de julio 2024 se acordó admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos:

«[...]LA SALA ACUERDA:

»1.º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D.ª Ariadna, contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 28 de marzo de 2022, por la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, y posterior auto de 8 de abril de 2022, dictados en el rollo de apelación n.º 568/2021, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 308/2020, seguido ante Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Cangas de Onís.

»2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

»3º) Transcurrido dicho plazo, dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal.

»Contra esta resolución no cabe recurso».

2.1 La representación procesal de D. Rosendo presentó en tiempo y forma escrito en el que formula su oposición e interesa que se dicte sentencia por la que se desestimen íntegramente los recursos interpuestos de contrario, con expresa condena en costas a la parte recurrente.

2.2 Conferido posteriormente traslado al Ministerio Fiscal, presentó escrito de fecha 6 de noviembre de 2024 en el que con fundamento en las alegaciones que expone considera:

«[...]NOVENO.- Aplicando la doctrina anterior al presente caso así como todo lo expuesto y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, se estima, como ya se ha dicho, que lo más acorde para la protección del interés de los menores es atribuir la guarda y custodia a la madre con el régimen de visitas acordado en el auto de la audiencia provincial de fecha 10 de febrero de 2023. Y ello sin perjuicio de que por el juzgado de primera instancia competente y en ejecución de la sentencia que se dicte se recabe información actualizada sobre la situación familiar y de los menores y se inste si es necesario los seguimientos correspondientes por los servicios sociales competentes.»

3. Por providencia de 27 de noviembre de 2024 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos interpuestos sin celebración de vista pública, señalándose posteriormente para la votación y fallo el día 7 de enero de 2025, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. El 9 de abril de 2019, el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 1 de Cangas de Onís dictó una sentencia en el procedimiento n.º 17/2019, relativo a «la guarda, custodia y alimentos hijo menor no matrimonial», en la que atribuyó al padre, D. Rosendo, la guarda y custodia de los hijos menores comunes, Alfredo y Juan Ramón (nacidos el NUM000 de 2011 y el NUM001 de 2015, respectivamente), estableciendo un régimen de visitas para la madre, D.ª Ariadna, y fijando a su cargo una pensión de alimentos equivalente al 30% de sus ingresos netos por cualquier concepto, con un mínimo vital de 100 euros.

2. El 16 de septiembre de 2020, D.ª Ariadna presentó una demanda contra D. Rosendo de modificación de las medidas establecidas en dicha sentencia. La demandante solicita la atribución de la guarda y custodia de los menores, estableciendo un régimen de visitas para el padre los fines de semana alternos, desde el viernes a las 19:00 horas hasta el domingo a las 19:00 horas. En caso de existir un puente, las visitas se extenderían desde su inicio hasta el día en que concluya dicho periodo. Asimismo, propone dividir las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano en partes iguales. Además, solicita la supresión de la obligación de alimentos a su cargo y el establecimiento de una pensión alimenticia a cargo del padre. Esta pensión sería de 100 euros mensuales por cada hijo en caso de que el padre perciba una prestación por desempleo. En el momento en que el padre obtenga un empleo o ingresos adicionales, la pensión aumentaría a 150 euros mensuales por cada hijo para ingresos de hasta 1000 euros, incrementándose en 50 euros más por cada 500 euros adicionales de ingresos. Por último, se plantea que ambos progenitores asuman, a partes iguales, los gastos de material escolar generados al inicio del curso académico, así como el 50% de los gastos extraordinarios.



En la demanda se alega para justificar la modificación que el demandado ha cambiado de municipio sin pedir permiso a la madre y sin autorización judicial; que ha descuidado sus obligaciones con los menores, ya que no los ha escolarizado y los ha puesto en riesgo al dejarles salir durante el estado de alarma; que ha incumplido reiteradamente el régimen de visitas; que es adicto al alcohol; que ha sido condenado por violencia de género; y que, al cambiar de domicilio, abandonó a los perros que tenía y está siendo investigado por el SEPRONA.

**3.**El demandado se opuso y el juzgado desestimó la demanda.

El órgano de primera instancia considera que la demandante trata de presentar como novedosa una situación que es sustancialmente igual a la que existía cuando se dictó la sentencia que acordó las medidas que se quieren modificar, a salvo lo concerniente al cambio de domicilio operado y la falta de escolarización de los menores, que no pueden justificar la modificación pretendida, ya que:

«[h]a quedado acreditado que dicho cambio (efectuado de DIRECCION000 a DIRECCION001 ) lo fue a raíz del desahucio del que fue objeto, obedeciendo por tanto a una situación de necesidad, acudiendo cerca de sus familiares (madre y hermana), habiendo sido comunicada dicha circunstancia a Servicios Sociales y siendo conocedora la demandante de dicha circunstancia conforme se reconoce en el propio escrito de demanda. Respecto a la falta de escolarización de los menores, consta igualmente acreditada la falta de colaboración al efecto por parte de la madre, siendo necesaria la interposición del correspondiente Expediente de Jurisdicción Voluntaria ante este Juzgado, con el apoyo del Equipo de Intervención Técnica de Apoyo a la Familia y la propia Fiscalía de Menores.

»A todo ello caber añadir que los Informes remitidos por la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar no revelan situación alguna de desprotección en los menores, habiéndose archivado el expediente en su día incoado a tal objeto.».

**4.**La demandante interpuso un recurso de apelación, pero la Audiencia Provincial lo desestimó y confirmó la resolución recurrida.

El tribunal de segunda instancia dice que no consta que el demandado haya incurrido en un ejercicio inadecuado de su función tuitiva y que la única crítica que puede considerarse justificada concierne a la obstaculización del derecho a la comunicación materno-filial, pero añade, inmediatamente a continuación, que:

«[s]i bien esa conducta no es excusable, tampoco lo es el incumplimiento del deber de prestar alimentos en el que sin embargo parece haber incurrido reiteradamente la demandante; en todo caso aquella incidencia estaría relacionada principalmente con la controversia que las partes sostienen sobre el lugar en que debe producirse la entrega y devolución de los menores con motivo de tales intercambios y, por el momento, carece de la gravedad necesaria para fundar un cambio en la custodia, cuanto más que la apelante no ha puesto de manifiesto los medios materiales y personales con que contaría para afrontar esa responsabilidad en contraposición a la precariedad económica con que, al parecer, se ha desenvuelto hasta la fecha.

»En lo demás, la mayor distancia entre el domicilio de la progenitora no custodia y el de los menores solo es verdaderamente trascendente en relación con la visita intersemanal prevista en la sentencia que estableció las medidas definitivas, sin que, ello no obstante, proceda la modificación ciega de ese pronunciamiento desconociendo como desconocemos la alternativa familiar pretendida por la recurrente.».

**5.**La demandante presentó un escrito solicitando el complemento de la sentencia, en el cual argumentó que la Audiencia Provincial no había valorado el auto dictado por el juzgado el 1 de septiembre de 2021 en la ejecución 98/20, el cual fue presentado junto con el recurso de apelación y admitido como prueba. Por otro lado, señaló que no se había resuelto nada respecto al auto de 28 de febrero de 2022, mediante el cual el juzgado, aplicando el artículo 776.3 LEC, retiró la custodia al Sr. Rosendo , otorgándosela a la madre. Dicho auto fue presentado como prueba antes de la fecha fijada para la deliberación, votación y fallo, y, mediante diligencia de ordenación de 2 de marzo de 2022, se dio traslado a las partes para presentar alegaciones en un plazo de cinco días, remitiéndose posteriormente al ponente para resolver lo pertinente. Sin embargo, la sala de apelación dictó sentencia sin pronunciarse sobre dicha resolución.

Por auto de 8 de abril de 2022 se desestima la solicitud de complemento. La Audiencia Provincial dice que:

«[l]a disidencia de la recurrente se refiere a la ausencia de valoración específica de determinados elementos de convicción que, contrariamente a la opinión del Tribunal, reputa trascendentes para la decisión del recurso.

»Ese planteamiento traslada el debate al plano de la motivación y para refutarlo bastará recordar que, conforme a consolidada doctrina, el hecho de que en la sentencia impugnada no se tome en consideración determinado elementos de prueba relevante a juicio de la recurrente carece de trascendencia en relación con el cumplimiento del requisito de motivación y es suficiente que el tribunal razone sobre aquellos elementos a partir de los cuales obtiene sus conclusiones, sin necesidad de que se refiera de manera exhaustiva a todos



los medios de prueba obrantes en los autos ( SSTS de 8 de julio de 2009, RC n.º 13/2004, y de 25 de noviembre de 2012, RCIP 305/2007).».

6.La demandante ha interpuesto sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, los cuales han sido admitidos. El demandado se ha opuesto, solicitando su desestimación. Por su parte, la fiscal ha solicitado que se estime el recurso de casación, proponiendo que se atribuya la guarda y custodia de los menores a la madre, manteniendo a favor del padre el régimen de visitas establecido en el auto dictado por la Audiencia Provincial el 10 de febrero de 2023, el cual confirmó la resolución previa emitida por el Juzgado de Primera Instancia el 28 de febrero de 2022.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

##### **SEGUNDO. Planteamiento del recurso**

El recurso se funda en dos motivos:

i) El motivo primero se introduce con el siguiente encabezamiento:

«Motivo 469.1.3º y 4º LEC. Infracción de ley en relación con el art. 24 y 120.3 CE e infracción de los arts. 270, 464 y 752 LEC en relación con el art. 285 del mismo cuerpo legal: Ausencia de pronunciamiento sobre la admisión o inadmisión del Auto dictado por el Juzgado de Cangas de Onís (sic) el 28 de febrero de 2022 en autos de EFM 98/2022 por el que acuerda aplicar el art. 776.3 LEC.».

La recurrente alega que propuso dicho auto como prueba mediante escrito de 28 de febrero de 2022 y que por diligencia de ordenación de 2 de marzo de 2022 se dio traslado a las partes para alegaciones por término de cinco días y por otra de 15 de marzo traslado al ponente para resolver lo pertinente, dictándose sentencia sin que la sala de apelación se haya pronunciado al respecto. Añade que la decisión del juzgado retirando al padre la guarda y custodia de los menores por el incumplimiento reiterado del régimen de visitas y atribuyéndosela a ella es crucial «en tanto en cuanto, por un lado supone la pérdida parcial del objeto del recurso o, en su caso, la estimación del recurso en base a los hechos sobrevenidos.».

ii) El motivo segundo se introduce con el siguiente encabezamiento:

«Motivo 469.1.3º y 4º LEC. Infracción de ley: Art. 218 LEC en relación con el art. 24 y 120.3 CE: valoración sesgada de los medios de prueba practicados en el procedimiento.».

La recurrente alega que la Audiencia Provincial ha realizado una valoración sesgada de la prueba en favor del demandado, ya que solo ha tenido en cuenta la prueba que le favorecía, omitiendo valorar las resoluciones judiciales dictadas en autos de EFM 98/2020, las sentencias dictadas en los procedimientos penales, la grabación aportada y reproducida en el acto de la vista, así como los documentos núms. 5 y 15 a 20 de la demanda. La recurrente también se queja de que se la culpabilice de la falta de escolarización de los menores.

#### **Recurso de casación**

##### **TERCERO. Planteamiento del recurso**

El recurso se funda en dos motivos:

i) El motivo primero se introduce con el siguiente encabezamiento:

«Motivo 477.2.3º y 3 LEC: infracción de ley en relación con el art. 94 CC de conformidad con la redacción dada por la Ley 8/2021.».

La recurrente dice que, pese a la carencia de disposición transitoria que regule los efectos del art. 94 CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, resulta necesario que esta sala «supla la laguna legislativa al respecto». Añade que, aunque el art. 94 CC permite al juez mantener el régimen de visitas si lo acuerda de manera razonada, en el caso no procede hacerlo, ya que el padre ha sido condenado por violencia de género de manera reiterada, tiene problemas de adicción a las bebidas alcohólicas, sigue manteniendo comportamientos machistas, se ha llevado a los menores de DIRECCION000 sin pedir permiso ni a la madre ni al juzgado, los ha tenido sin escolarizar hasta el mes de marzo de 2021, y se ha negado a cumplir el régimen de visitas e impedido que los menores tuvieran comunicación con su madre, motivos por los que el juez aplicó el art. 776.3 LEC.

ii) El motivo segundo se introduce con el siguiente encabezamiento:

«Motivo 477.3 LEC: infracción de ley art 92 CC en relación con el 94 CC e infracción doctrina TS por ser la sentencia de la Audiencia contraria a la doctrina de la Sala Primera de este Tribunal 215/2019, de 5 abril, y 729/2021 por no resolver en interés de los menores.».

La recurrente alega que el interés del menor no se compadece «[c]on el hecho de que el entonces progenitor custodio, condenado en firme por violencia de género, siga a cargo de los menores» y tampoco «[c]on las



circunstancias que constan en el Auto de 28 de febrero de 2022 por el que, debido a su pertinaz incumplimiento de las resoluciones judiciales, fue privado de la guardia y custodia en aplicación del art. 776.3 LEC».

### **Decisión de la sala**

#### **CUARTO. Pertinencia del examen previo del recurso de casación sobre el extraordinario por infracción procesal**

Esta Sala ha admitido la posibilidad de alterar el orden legal en el que, en principio, deberían resolverse los recursos (disposición final 16.ª 1. regla 6.ª LEC) y examinar en primer lugar el recurso de casación, porque una eventual estimación de este determinaría la carencia de efecto útil del recurso por infracción procesal igualmente interpuesto, «[...] toda vez que las denuncias sobre infracción de normas procesales, en cuanto instrumentales de la controversia sustantiva objeto del recurso de casación, habrían perdido relevancia» (por todas, sentencias 918/2024, de 27 de junio, y 33/2024, de 11 de enero).

#### **QUINTO. Examen conjunto de los dos motivos. Estimación del recurso**

Procede el examen conjunto de los dos motivos, dado que ambos invocan lo acordado por el juzgado en el auto de 28 de febrero de 2022, al amparo del art. 776.3 LEC, y tienen como esencial sustento el principio de protección del interés del menor.

El auto dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción de Cangas de Onís, en la ejecución forzosa 98/2020, el 28 de febrero de 2022, que silencia por completo la sentencia recurrida, acordó, con base en el art. 776.3 LEC:

«[m]odificar el régimen de guarda y custodia de los menores Alfredo y Juan Ramón de forma que ésta se atribuye a Dª Ariadna correspondiendo a D. Rosendo un régimen de visitas consistente en fines de semana alternos desde la salida del colegio, siendo recogidos por el padre en el centro escolar los viernes, hasta las 20:00 horas del domingo en el que los menores serán devueltos en el domicilio paterno. Los días festivos, según calendario escolar oficial correspondiente al centro de estudios de los menores, se unirán al fin de semana correspondiente. Se establece un día inter semanal a favor del padre en el que podrá disfrutar de la compañía de los menores, que, en defecto de acuerdo, será el miércoles desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas con recogida de los menores a la salida del centro escolar y entrega en el domicilio materno. El progenitor con quien los hijos no estén tendrán derecho a comunicar con ellos telefónicamente una vez al día entre las 20 y las 21 horas. Las vacaciones se repartirán por mitad de conformidad con las normas establecidas en la sentencia de 9 de abril de 2019 que mantiene el mismo régimen de ejercicio y titularidad conjunta de la patria potestad y de contribución a gastos extraordinarios. La pensión de alimentos a favor de los hijos se fija a cargo del padre en la cantidad de 200 euros (100 euros por cada hijo) pagaderos los 10 primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre y siendo actualizables siempre al alza anualmente hola con arreglo al IPC o índice que le sustituya, de forma que la primera actualización será en enero de 2023».

Este auto, contra el que D. Rosendo interpuso un recurso de apelación, fue confirmado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Asturias por el auto dictado, con el n.º 13/2023, el 10 de febrero de 2023, en el recurso de apelación n.º 681/2022, con la salvedad del régimen de visitas del padre, que fue restringido por la Audiencia Provincial atendiendo al interés superior de los menores. Esta decisión se fundamentó en un informe emitido por el equipo psicosocial el 28 de noviembre de 2022, calificado en el auto como amplio, detallado y exhaustivo, y quedó establecido en los siguientes términos:

«[t]arde del domingo en frecuencia quincenal de 17 a 19 horas con recogida y entrega en domicilio materno. La semana en que no exista hoy visita dominical, se llevaría a cabo una visita los miércoles en las mismas condiciones.

»El contacto telefónico del padre con sus hijos se limitará a dos contactos semanales de duración máxima de 15 minutos cada uno. El padre al efecto no podrá imponer la realización de videollamadas.».

La Audiencia Provincial valoró los siguientes aspectos: (i) aunque la madre cometió errores en el pasado en el ejercicio de su labor maternal, actualmente demuestra una actitud autocrítica respecto a esos acontecimientos; (ii) cuenta con el apoyo significativo de su pareja actual y de su propia madre, quienes le ofrecen un modelo de referencia positivo; (iii) está realizando evidentes esfuerzos para garantizar a sus hijos un entorno seguro y estable; y (iv) el padre presenta un desconocimiento de las necesidades básicas de los menores, mantiene pautas sociales inadecuadas hacia ellos, adopta una conducta amenazante y, en definitiva, reconoce explícitamente no estar en condiciones de asumir su custodia.

También debe tenerse en cuenta: (i) que a raíz del auto de 28 de febrero de 2022, los menores han pasado a convivir con la madre y que residen con ella, con su pareja y con un medio hermano; (ii) que el padre manifestó al equipo psicosocial que no podía hacerse cargo de los hijos por carecer de recursos; (iii) que los menores han expresado su deseo de vivir con la madre; y (iv) que el padre ha incumplido gravemente el régimen de visitas



establecido en favor de aquella, al privarla de estar con sus hijos más de año y medio, lo cual ha afectado negativamente a los menores.

Considerando lo anterior, lo más conveniente para la protección del interés de los menores es lo que ya ha sido acordado por la Audiencia Provincial en el mencionado auto 13/2023, de 10 de febrero, sin perjuicio, como observa la fiscal, de que por el Juzgado de Primera Instancia y en ejecución de sentencia se recabe información actualizada sobre la situación familiar y de los menores, instando, de resultar necesario, los seguimientos correspondientes por los servicios sociales competentes.

En consecuencia, procede estimar el recurso de casación, asumir la instancia, estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia de primera instancia y estimar la demanda declarando modificadas las medidas de la sentencia 9 de abril de 2019 en los términos ya acordados por el auto dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Asturias, con el n.º 13/2023, el 10 de febrero de 2023, en el recurso de apelación n.º 681/2022.

#### **SEXTO. Costas y depósitos**

1. Al estimarse el recurso de casación y no examinarse el recurso extraordinario por infracción procesal no se condena en las costas de dichos recursos a ninguno de los litigantes, con devolución de los depósitos para recurrir ( art. 398.2 LEC y apartado 8 de la disposición adicional 15.ª LOPJ, respectivamente).

2. Al estimarse el recurso de apelación no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes, con devolución del depósito para recurrir ( art. 398.2 LEC y apartado 8 de la disposición adicional 15.ª LOPJ, respectivamente).

3. Al estimarse la demanda de forma parcial cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad ( 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 el recurso de casación y no examinar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por D.ª Ariadna contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Asturias, con el n.º 125/22, el 28 de marzo de 2022, en el recurso de apelación n.º 568/21, y casarla.

2.º- Estimar el recurso de apelación interpuesto por D.ª Ariadna contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 1 de Cangas de Onís, con el núm. 118/21, el 9 de julio de 2021, en el procedimiento de modificación de medidas 308/2020, y revocarla.

3.º- Estimar la demanda interpuesta por D.ª Ariadna declarando modificadas las medidas acordadas en la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción de Cangas de Onís, con el n.º 44/19, el 9 de abril de 2019, en el procedimiento n.º 17/2019, en los términos fijados por el auto dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Asturias, con el n.º 13/2023, el 10 de febrero de 2023, en el recurso de apelación n.º 681/2022.

4.º- No imponer a ninguno de los litigantes las costas de los recursos extraordinarios de casación, por infracción procesal y de apelación, con devolución de los depósitos para recurrir.

5.º- No verificar expresa condena en las costas de la primera instancia.

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.