



Roj: **STS 5533/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5533**

Id Cendoj: **28079110012016100711**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/12/2016**

Nº de Recurso: **2272/2015**

Nº de Resolución: **752/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 546/2015,**
STS 5533/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 22 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, como consecuencia de autos de juicio de divorcio n.º 30/2013, seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer n.º 3 de La Laguna, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Cristina, representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña María Esther Fernández Muñoz. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º.- La procuradora doña Natalia de la Rosa Pérez, en nombre y representación de doña Cristina, interpuso demanda de divorcio, contra don Pedro Miguel y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«dando lugar a la presente demanda, se acuerde el divorcio del matrimonio formado por Doña Cristina y Don Pedro Miguel, por petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, y decrete las siguientes medidas con carácter definitivo:

» Primera - Separación: Los cónyuges podrán vivir separados y quedan en libertad para regir su persona y bienes en la forma que tengan por conveniente.

»Segunda.- Patria Potestad, Guarda y custodia, y Régimen de visitas: patria potestad será ejercida de forma exclusiva por la madre, y por tanto la guarda y custodia; sin que quepa, por tanto régimen de visitas favor del padre.

»Y subsidiariamente, para el caso de que no se admitiera dicha medida, se interesa se acuerde la limitación del régimen de visitas, comunicación y estancia a favor del padre, y en consecuencia, dada la tierna edad de la menor y que no se ha relacionado con el padre, interesa que el régimen de visitas sea lo más restrictivo posible, y que ésta se lleve a cabo en el Punto de Encuentro Familiar que corresponda, con Supervisión por parte de los profesionales durante la visita.

»Tercera.- Que el último domicilio conyugal estaba sito en CALLE000, N° NUM000, NUM001 NUM002, Santa Cruz de Tenerife, siendo vivienda de alquiler que en la actualidad ninguna de las partes mantiene.

»Cuarta.- **Alimentos** y contribución a las cargas del matrimonio: Que se imponga al demandado el pago de una pensión de 200 € mensuales en Concepto de **alimentos** para la hija común, estableciéndose que dicha pensión de **alimentos** será pagadera en los cinco primeros días de cada mes en la Cuenta corriente que la madre designe y actualizables anualmente según el IPC o Índice que lo sustituya; además del pago de la mitad de los gastos extraordinarios tanto escolares como médicos de los menores.

»Quinta.- Pensión Compensatoria: La demandante siempre fue dependiente económicamente desde que contrajo matrimonio con el demandado por lo que procede una pensión compensatoria de 150 € mensuales.

»Séptima.- Que el régimen económico matrimonial es el de Comunidad parcial de Bienes (Sociedad de Gananciales)».

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- La procuradora doña Esther Martín García, en nombre y representación de don Pedro Miguel, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«1.º- Se acuerde el divorcio de ambos conyugues.

»2.º- Se acuerda la atribución de guarda y custodia a favor de la actora, durante el tiempo que don Pedro Miguel esté en prisión.

»3.º- Que se desestime la petición de fijación de pensión compensatoria alguna.

»4.º- Que el importe de la pensión de **alimentos** a favor de la menor se fije en el importe de 50 euros mensuales, sin perjuicio de que se deje sin efecto el cumplimiento de la misma hasta que mi representado obtenga la libertad del centro penitenciario».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Violencia sobre la mujer n.º 3 de La Laguna, dictó sentencia con fecha 24 de febrero de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuestas por la procuradora de la Rosa Pérez, en y representación de Dña. Cristina frente a D. Pedro Miguel, representado por la procuradora Sra. Martín González

» 1º.- La disolución del vínculo matrimonial formado por doña Cristina y don Pedro Miguel dejando sin efecto la presunción de convivencia, los poderes otorgados en la administración del caudal familiar y la posibilidad de vincular bienes de otro cónyuges en el ejercicio de la potestad doméstica.

» 2º.- Atribuir la guarda y custodia de la hija común de la pareja a la madre sin perjuicio del ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores.

» 3º.- No ha lugar a la fijación de régimen de visitas a favor del padre.

» 4º.- Se establece la obligación de D. Pedro Miguel de abonar en concepto de **alimento** a favor de la hija común la cantidad de 120 euros mensuales, más la mitad de los gastos extraordinarios que genere la educación, crianza, salud o instrucción de la menor, previa justificación de los mismos y siempre que no se encuentren cubiertos por la sanidad pública y que deberán ser ingresados dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto designe la madre y serán anualmente actualizables en función de las variaciones que experimente el I.P.C. o el índice le sustituya.

» 5º.- No ha lugar al reconocimiento de pensión compensatoria.

» 6º.- La disolución del régimen económico matrimonial.

» No se aprecian méritos bastantes para efectuar una especial imposición en costas procesales».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Cristina. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia con fecha 13 de mayo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Pedro Miguel contra la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de San Cristóbal de La Laguna (Juzgado de Violencia sobre la Mujer), revocamos dicha resolución en el único aspecto de dejar en suspenso el pago de la pensión alimenticia hasta tanto el demandado obtenga un régimen penitenciario que le permita obtener ingresos con los que cubrir el importe de la pensión o bien recobre la libertad. Sin expresa imposición de las costas de esta alzada».



CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de doña Cristina con apoyo en los siguientes: Motivo:

Único.- Infracción de los artículos 93 y 146 del Código Civil y oposición a la jurisprudencia del **Tribunal Supremo** contenida en las sentencias 564/2014, de 14 de octubre y 111/2015, de 2 de marzo.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 28 de septiembre de 2016, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la confirmación de la sentencia.

SEXTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de diciembre de 2016, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formula recurso de casación porque la sentencia recurrida infringe los artículos 93 y 146 del Código Civil y se se opone a la jurisprudencia de esta sala contenida en la sentencia 564/2014, de 14 de octubre ya que suspende la prestación alimenticia en favor de la hija menor porque el alimentante «se halla ingresado en prisión desde 2011, razón por la cual, en principio, y a falta de otros elementos probatorios, ha de concluirse que carece de ingresos y se encuentra privado de la posibilidad de obtenerlos. En estos casos resulta de aplicación la reciente doctrina del Tribunal Supremo (sentencia Sala 1ª de fecha 12-2-2015, nº 55/2015, rec. 2899/2013 y de fecha 2-3-2015, nº 111/2015, rec. 735/2014) que contempla casos de pobreza absoluta que exigirían desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres. Tal situación justifica la suspensión de la obligación hasta tanto el obligado obtenga un régimen penitenciario que le permita obtener ingresos con los que cubrir el importe de la pensión o bien recobre la libertad».

La sentencia que se cita en el motivo establece la siguiente doctrina:«la obligación de pagar **alimentos** a los hijos menores no se extingue por el solo hecho de haber ingresado en prisión el progenitor que debe prestarlos si al tiempo no se acredita la falta de ingresos o de recursos para poder hacerlos efectivos».

También se cita la sentencia 111/2015, de 2 de marzo, que menciona la recurrida y que dice lo siguiente: «ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC (STS 16 de diciembre de 2014, Rc. 2419/2013). 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 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».

SEGUNDO.- El recurso se desestima. La sentencia recurrida en **ningún** caso se opone a la doctrina invocada en el motivo. La sentencia no extingue los **alimentos**. Los deja en suspenso. No es la situación carcelaria la que origina esta situación, sino la falta de medios para afrontar en estos momentos su pago. «**Ningún alimento se puede suspender** por el simple hecho de haber ingresado en prisión el progenitor alimentante, gravando a la madre de los menores con la obligación de soportarlos en exclusiva, cuando nada de esto se acredita», dice la sentencia de 14 de octubre de 2014. Lo que no se acreditaba en esta sentencia es la existencia de medios y recursos para hacerlos efectivos, lo que no sucede en este caso en el que ha sido consentida una prestación por este concepto de 120 euros al mes, cuyo pago se ha suspendido por falta de medios económicos, que ha sido declarado probado," hasta tanto el obligado obtenga un régimen penitenciario que le permita obtener ingresos con los que cubrir el importe de la pensión o bien recobre la libertad", y lo ha hecho precisamente con base en la doctrina de esta sala que se dice infringida, es decir, con «carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal».

Estamos, como dice la sentencia de 2 de marzo de 2015, «ante un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres.»



TERCERO.- No procede imposición de costas del recurso, conforme a los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en atención a las singularidades que ofrece el supuesto enjuiciado, en el que no se ha personado la parte recurrida.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación interpuesto por doña Cristina , contra la sentencia de fecha 13 de mayo de 2015, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife; sin hacer especial declaración en cuanto a costas. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS