



Roj: **STS 439/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:439**

Id Cendoj: **28079110012015100059**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/02/2015**

Nº de Recurso: **2899/2013**

Nº de Resolución: **55/2015**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 2169/2013,**
STS 439/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Febrero de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto por don Darío , representado por la Procuradora doña Yolanda Ortiz Alfonso, contra la sentencia dictada el 19 de julio de 2013 por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Gijón, en el rollo de apelación 42/2013 , dimanante de los autos de juicio de modificación de medidas nº 7522/2012 del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Gijón.

No ha comparecido ante esta Sala la parte recurrida. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

1. El procurador de los Tribunales don Juan Suárez Poncela, en nombre y representación de don Darío , interpuso demanda de modificación de medidas definitivas, solicitando al Juzgado dictase sentencia en los siguientes términos:

"Que teniendo por presentado este escrito con las designaciones y los documentos y copias que se acompañan, se sirva admitirlo, teniéndonos por parte en la representación acreditada y por formulada DEMANDA CONTENCIOSA DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DEFINITIVAS, acordadas en Sentencia de 16 de junio de 2.008 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Gijón en los autos civiles de Guarda, Custodia y Alimentos nº 7078/2008 contra Dña. Agueda , con domicilio en C/. DIRECCION000 núm. NUM000 NUM001 de Gijón y previos los trámites legales oportunos con citación del Ministerio Fiscal en defensa de los intereses del menor, se dicte en su día Sentencia en virtud de la cual se acuerde la- modificación de la medida relativa a la pensión alimenticia, así como la relativa a gastos extraordinarios, establecida en favor del hijo menor de edad Leandro y, de conformidad con la alteración de las circunstancias se acuerde modificarla estableciendo:

a) La suspensión temporal del pago de la prestación hasta que el padre pueda volver a contar con ingresos suficientes para atender a sus propias necesidades.

b) La suspensión temporal del pago de los gastos extraordinarios que se generen y fijados en la sentencia a favor del hijo menor, hasta que el padre vuelva a contar con ingresos suficientes para atender a sus propias necesidades.

De forma subsidiaria se establezca:



a) Que el padre abone en concepto de pensión de alimentos a su hijo menor de edad. el 20% de los ingresos líquidos mensuales que obtenga. de forma temporal y hasta que pueda volver a contar con ingresos suficientes para poder atender a sus propias necesidades.

b) Que el padre abone en lugar de la mitad de los gastos extraordinarios fijados en la sentencia. el porcentaje del 20% .de forma temporal y hasta que pueda volver a contar con ingresos suficientes para poder atender a sus propias necesidades.

Y todo ello con fecha de efectos, la de presentación de la presente demanda."

2. La Procuradora de los Tribunales doña Noelia Menéndez Tamargo, en nombre y representación de doña Agueda , contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

"Tenga por presentado este escrito con los documentos acompañados y sus copias, y admita todo ello; por personado y parte al Procurador que suscribe, con quien se entiendan las sucesivas diligencias, en nombre y representación de Doña Agueda , por contestada en tiempo y forma la demanda y por los trámites pertinentes dicte sentencia en virtud de la cual se desestime íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante por la evidente temeridad con que ha litigado con respecto a las pretensiones que han de ser desestimadas."

3. El Ministerio Fiscal informó, oponiéndose a la reducción de alimentos.

4. El 9 de noviembre de 2012, el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Gijón, dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador don Juan Suárez Poncela, en nombre y representación de don Darío , frente a doña Agueda , representada por la Procuradora doña Noelia Tamargo, se declara no haber lugar a la modificación de la Sentencia de fecha 16 de junio de 2008 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Gijón en los autos nº 7078/2008.

- No procede hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en autos."

Tramitación en segunda instancia.

5. La anterior resolución fue recurrida en apelación por la representación procesal de don Darío correspondiendo su resolución a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Gijón, que dictó sentencia con fecha 19 de julio de 2013 , cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Alonso Uría, en nombre y representación de don Darío contra la sentencia dictada el 9 de noviembre de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Gijón en los autos de modificación de medias nº 522/2012, y, en consecuencia, REVOCAR la citada resolución en el sentido de que el padre abone en concepto de alimentos a su hijo menor de edad la cantidad de 150 euros al mes hasta que obtenga ingresos en que se volverá a la situación anterior, sin realizar expresa imposición de las costas causadas en esta alzada."

6. La representación procesal de doña Agueda , solicitó aclaración de la anterior resolución dictada el 19 de julio de 2013, y el 10 de octubre de 2013, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Gijón dictó Auto con la siguiente parte dispositiva:

"LA SALA ACUERDA: Aclarar la sentencia dictada en fecha 19 de julio de 2013 en el sentido siguiente:

DONDE SE DICE: "Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procurador Sra. Uría, en nombre y representación de don Darío "

DEBE DECIR: "Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Suárez Poncela en nombre y representación de don Darío ".

Permaneciendo invariables los demás pronunciamientos dictados en la misma.

Completar la citada resolución en el sentido que la fecha de reducción de los alimentos ha de aplicarse desde el dictado de la sentencia de segunda instancia en que así se acordó.

Manteniéndose la contribución a los gastos extraordinarios en el porcentaje del 50% para ambos progenitores."

Interposición y tramitación del recurso de casación.

7. La representación procesal de don Darío , interpuso recurso de casación contra la sentencia de 19 de julio de 2013 ante la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Gijón , con base en un único motivo: "Por infracción de los artículos 93 , 145 , 146 , 147 y 152.2 del Código Civil , en relación con los artículos 90 y 91 del mismo



cuerpo legal , y de los artículos 148.1 y 151 también del Código Civil , por aplicación indebida y haber vulnerado dichos artículos la sentencia recurrida y el auto de aclaración que la completa, desde una doble perspectiva".

8. Mediante diligencia de ordenación de 4 de diciembre de 2013, la referida Audiencia Provincial tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, acordándose remitir las actuaciones a esta Sala Primera del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes para comparecer en el término de treinta días.

9 . Recibidas las actuaciones en esta Sala Primera del Tribunal Supremo, comparecen como parte recurrente don Darío , representado por la Procurador doña María Yolanda Ortiz Alfonso. La parte recurrida no ha comparecido ante esta Sala. Ha comparecido el Ministerio Fiscal

10. Esta Sala dictó Auto el 2 de septiembre de 2014 , cuya parte dispositiva dice:

"1.- Procede admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Darío al haberse justificado el presupuesto de recurribilidad previsto en el artículo 477.2.3º LEC y concurrir los presupuestos y requisitos legalmente exigidos en los artículos 479.1 y 4 y 481 de la misma Ley procesal , no advirtiéndose, en este momento procesal, causa de inadmisión."

11. Dado traslado, el Ministerio Fiscal impugnó el recurso de casación interpuesto, interesando la confirmación de la sentencia impugnada, con las consecuencias legales que se deriven.

12. Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del presente recurso, el 28 de enero en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de Antecedentes.

PRIMERO. Son hechos relevantes acreditados en la instancia para la decisión del recurso los siguientes:

1. Por sentencia de 16 de junio de 2008 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Gijón se estableció pensión de alimentos a favor del hijo menor, cuya custodia y guarda tiene la madre, siendo el obligado a la prestación de aquella el padre don Darío .

2. Este último, a través de su representación, ha instado la modificación de la medida, solicitando la suspensión temporal del pago hasta que pueda volver a contar con ingresos suficientes para atender sus propias necesidades y, subsidiariamente, que se establezca que abone, en referido concepto, el 20% de los ingresos líquidos mensuales que obtenga, de forma temporal y hasta que pueda atender a sus propias necesidades, y que abone, en lugar de los gastos extraordinarios fijados en la sentencia a favor de su hijo, el porcentaje del 20%, de forma temporal y hasta que pueda volver a contar con ingresos suficientes para atender a sus propias necesidades.

3. El Juzgado de Primera Instancia desestima la pretensión por varios motivos: i) por las especiales circunstancias que rodean al menor Leandro , quien padece una minusvalía del 77%, con diagnóstico de retraso madurativo de etiología filiada y tetraplejia por parálisis cerebral mixta siendo, por ende, sus necesidades muy superiores a las de un niño de su edad, al precisar ayuda y supervisión constante de tercera persona; ii) porque el obligado tiene concedido subsidio por desempleo y sí sufre retenciones de él es por haber incumplido sus obligaciones alimenticias cuando disponía de ingresos suficientes para hacer frente a ellas; iii) no tiene gastos de vivienda por ocupar una que es propiedad de su madre; iv) ha contraído obligaciones pecuniarias con posterioridad a la sentencia que le obligaba a pagar alimentos a su hijo; v) tiene cualificación y experiencia laboral para mantenerse activo en el mercado laboral.

4. Contra meritada resolución interpuso recurso de apelación la representación del actor que resolvió la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Gijón en sentencia de 19 de julio de 2013 , revocando la de la primera instancia en el sentido de que el padre abone en concepto de alimentos a su hijo menor de edad la cantidad de 150 euros al mes hasta que obtenga ingresos en que se volverá a la situación anterior.

Por Auto de aclaración se estableció que la reducción de los alimentos ha de aplicarse desde la fecha del dictado de la sentencia de Segunda Instancia .

5. Motivó la Audiencia la reducción de la pensión alimenticia en los siguientes términos: i) el padre no trabaja desde el 30 de septiembre de 2011, percibiendo en la actualidad el subsidio por desempleo en cuantía de 426 euros; ii) la cantidad que percibe se encuentra embargada por impago de pensión alimenticia pero no está acreditado durante qué tiempo y el momento en que dejará de existir esa carga; iii) reside en una vivienda propiedad de su madre y ha dejado de pagar los consumos de luz; iv) siempre alternó momentos de desempleo



con periodos de ocupación en su especialidad de trabajo en obras de montaje, pero en la actualidad el periodo de desempleo es más extenso que en épocas anteriores, fruto de la coyuntura económica; v) a pesar de tal empeoramiento en su situación económica, no es posible suspender el pago del importe de la pensión de alimentos ni fijarla en porcentaje, a fin de preservar el derecho de alimentos de su hijo menor y sus especiales circunstancias.

6. Contra la citada sentencia interpone recurso de casación la representación del actor por razón de interés casacional, de conformidad con lo dispuesto a tal fin el artículo 477.2.3º y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

RECURSO DE CASACIÓN.

SEGUNDO. Motivo Primero y Único. Enunciación y Planteamiento.

1. Por infracción de los artículos 93, 145, 146, 147 y 152.2 del Código Civil, en relación con los artículos 90 y 91 del mismo cuerpo legal, y de los artículos 148.1 y 151 también del Código Civil, por aplicación indebida y haber vulnerado dichos artículos la sentencia recurrida y el auto de aclaración que la completa, desde una doble perspectiva: por cuanto una vez acreditada la existencia de una alteración sustancial de las circunstancias en situaciones en que el progenitor obligado al pago no dispone de ingresos y por ende de medios económicos para atender a sus propias necesidades la concepción que ha de entenderse al respecto es la procedencia de la suspensión del pago de la prestación o el establecimiento de un índice porcentual, en lugar de fijar una cuantía en concepto de "mínimo vital", y por la interpretación que se efectúa respecto de la fecha de efectos de la resolución dictada, al existir jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales, sobre la procedencia de retrotraer los efectos a la fecha de interposición de la demanda, entendiéndose esta parte la necesidad de unificación por el Tribunal Supremo de la interpretación de la norma que se considera infringida o desconocida.

2. Respecto de la primera cuestión plantea que las Audiencias Provinciales se encuentran divididas, pues ante la precariedad de la situación económica del progenitor obligado al pago, por carecer de ingresos suficientes para atender a sus propias necesidades, unas optan por la suspensión o fijación de un índice porcentual (SS 18 de mayo de 2012 y 15 de junio de 2012 de la Audiencia Provincial de Madrid; SS de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de noviembre de 2012 y 27 de junio de 2013) y otras, como la recurrida, fijan una cuantía en concepto de mínimo vital (SS de 17 de septiembre de 2012 y 19 de marzo de 2013 de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Segunda; y SS de la Audiencia Provincial de Valencia de 29 de abril de 2013, Sección Décima, y 11 de junio de 2013).

3. Respecto de la segunda cuestión alega que la doctrina de la sentencia recurrida es contraria a la de otras Audiencias Provinciales que fijan la reducción a partir de la fecha de la presentación de la demanda de modificación de la medida.

TERCERO. Desestimación del Submotivo Primero.

Se plantean las consecuencias que acarrea que el progenitor obligado al pago de la pensión alimenticia a favor de su hijo menor se encuentre en desempleo o carezca de ingresos.

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.

Por tanto, ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisarse la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC (STS 16 de diciembre de 2014, R. 2419/2013).

Si así se obra en esta litis se aprecia que el Tribunal de instancia ha tenido en cuenta todas las circunstancias del caso concreto y ha llevado a cabo su ponderación, pues, a pesar de las desfavorables circunstancias del hijo, a causa de su enfermedad y minusvalía, ha reducido transitoriamente la contribución del recurrente a los alimentos del menor, pero atendiendo a que el obligado tiene cubiertas sus necesidades de vivienda y que percibe subsidio por desempleo que, a pesar de escaso (426 euros) y gravado (por incumplir sus obligaciones alimenticias), no supone carencia total de ingresos.

Consecuencia de ello es que en la revisión del juicio de proporcionalidad no se aprecia que proceda la cesación o suspensión de la obligación alimenticia respecto del hijo menor de edad. La STS de 5 de octubre de 1993 desestimó, como también se decide en ésta, la cesación de tal obligación, si bien advertía: *"sin que ello signifique que en los casos en que realmente el obligado a prestar alimentos al hijo menor de edad carezca*



de medios para, una vez atendidas sus necesidades más perentorias, cumplir su deber paterno, no pueda ser relevado, por causa de imposibilidad, del cumplimiento de esta obligación, lo que aquí no acontece".

En atención a lo previamente razonado 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.

CUARTO. Desestimación del submotivo segundo.

Se desestima porque sobre tal cuestión la Sala ya se ha pronunciado y ha fijado doctrina.

Se ha dicho en la sentencia de 3 de octubre de 2008 lo siguiente: «"lo que realmente plantea dudas es la aplicación de tal precepto a las sucesivas resoluciones que pueden modificar los pronunciamientos anteriores una vez fijada la pensión de alimentos, bien por la estimación de un recurso o por una modificación posterior, como ocurre en este supuesto, que varía el progenitor obligado al pago. Sobre tal cuestión sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 106 del Código Civil que 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", y en el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil : "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas desde la fecha en que se dicte y será sólo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha desde la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicta, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente".».

Recientemente fue ratificada meritada doctrina por la sentencia de 19 de noviembre de 2014, Rc. 785/2012 .

QUINTO.Costas. 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.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Desestimamos el recurso de casación interpuesto por don Darío , representado por la Procuradora doña Yolanda Ortiz Alfonso, contra la sentencia de fecha 19 de julio de 2013, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Gijón, en el rollo de apelación número 42/2013 , dimanante de los autos de juicio de modificación de medidas número 7522/2012 del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Gijón.

2. No imponer las costas del recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y Rubricado.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Francisco Javier Arroyo Fiestas .- Eduardo Baena Ruiz.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.