



Roj: **STS 769/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:769**

Id Cendoj: **28079110012016100093**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/03/2016**

Nº de Recurso: **1211/2015**

Nº de Resolución: **120/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 194/2015,**
STS 769/2016

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 120/2016

Fecha Sentencia : 02/03/2016

CASACIÓN

Recurso Nº : 1211 / 2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 24/02/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : Francisco Javier Arroyo Fiestas **Procedencia:** Audiencia Provincial de Gijón, Sección Séptima. **Secretaría de Sala** : Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo **Escrito por** : L.C.S.

Nota:

Alimentos solicitados a los abuelos, por la madre, en representación de su hija menor. Petición de gastos extraordinarios. Imposibilidad del padre de afrontar los pagos de alimentos, dada la enfermedad que padece. Arts.93 del C. Civil y 142 del C. Civil .

CASACIÓN Num.: 1211/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Javier Arroyo Fiestas

Votación y Fallo: 24/02/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA Nº: 120/2016

Excmos. Sres.:

D. Antonio Salas Carceller



D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Fernando Pantaleón Prieto

D. Xavier O' Callaghan Muñoz

En la Villa de Madrid, a dos de Marzo de dos mil dieciséis.

Esta Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 373/2014 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Gijón, como consecuencia de autos de juicio verbal núm. 151/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Gijón; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por doña Cristina , representada por el procurador don Juan Suárez Poncela, bajo la dirección letrada de don Santiago León Escobedo, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación, designado del turno de oficio por justicia gratuita, el procurador don Conrado en calidad de recurrente, no constando personado recurrido alguno y con intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- Doña Cristina , actuando en su nombre y representación el procurador don Juan Suárez Poncela, interpuso demanda de juicio verbal en reclamación de alimentos, de su hija menor de edad, contra don Gervasio y doña Adela , abuelos maternos de la niña y contra don Virgilio y doña Enma , abuelos paternos de la niña, solicitando la intervención del Ministerio Fiscal, y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«En virtud de la que, con estimación íntegra de la presente demanda:

- 1.- Se declare la obligación de D. Virgilio , Dña. Enma , D. Gervasio y Dña. Adela de prestar alimentos a su nieta Isidora .
- 2.- Se condene a los demandados D. Virgilio , y a Dña. Enma , ello de forma conjunta y solidaria al abono a Isidora en concepto de alimentos la cantidad mensual de trescientos cuarenta y cinco euros ello con efectos desde la fecha de interposición de la presente demanda, pensión pagadera por meses adelantados en los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que designe la actora, cantidad que habrá de ser incrementada anualmente con la variación del índice de precios al consumo a fecha uno de enero de cada año, siendo la primera actualización a partir del día 1 de enero del 2015.
- 3.- Se condene a los demandados D. Virgilio , y a Dña. Enma , a abonar a la actora el 75% de los gastos extraordinarios que genere Isidora , incluyendo el gasto relativo a clases de música, y de clases de apoyo.
- 4.- Se condene a los demandados D. Gervasio y Dña. Adela la obligación de abonar la cantidad mensual de ciento quince euros ello con efectos desde la fecha de interposición de la presente demanda, pensión pagadera por meses adelantados en los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que designe la actora, cantidad que habrá de ser incrementada anualmente con la variación del índice de precios al consumo a fecha uno de enero de cada año, siendo la primera actualización a partir del día 1 de enero del 2015.
- 5.- Se condene a los demandados D. Gervasio y Dña. Adela a abonar a la actora el 25% de los gastos extraordinarios que genere Isidora , incluyendo el gasto relativo a clases de música, y de clases de apoyo.
- 6.- Se impongan expresamente a los demandados las costas procesales.
- 7.- Todo ello con los restantes efectos inherentes a dichos pronunciamientos.».

2.- La demanda fue admitida con arreglo a las disposiciones previstas para los juicios verbales y directamente se citó a las partes, con traslado de la demanda, para la celebración del juicio, con antelación al mismo se personó la procuradora doña Ana Romero Canalleda para actuar en nombre y representación de don Virgilio y doña Enma , bajo la dirección de la letrada doña María García Freile, e igualmente con antelación a la celebración del juicio comparecieron en el juzgado don Gervasio y doña Adela otorgando poder apud acta al procurador don Roberto Casado González, que se personó bajo la dirección letrada de don Ángel Barrigón Baladrón.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes, celebrado el juicio y practicadas las pruebas propuestas por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 11 se dictó sentencia, con fecha 27 de mayo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:



«Fallo. La estimación parcial de la demanda formulada por D. Juan Suárez Poncela, procurador de los tribunales, en nombre y representación de D.^a Cristina , actuando ésta, a su vez, en nombre de su hija menor, D.^a Isidora , declarando el derecho de D.^a Isidora a percibir alimentos de sus abuelos, paternos y maternos, y condenando a éstos al pago de una pensión de alimentos por importe de 250 euros mensuales, a satisfacer en la cuantía de 135 euros mensuales a cargo de D. Virgilio y D.^a Enma y de 115 euros mensuales a cargo de D. Gervasio y D.^a Adela ; cantidades que sufrirán una actualización anual equivalente a la variación experimentada por el índice de precios al consumo determinado por el Instituto Nacional de Estadística.

Cada parte pagará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Gijón dictó sentencia, con fecha 28 de enero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«La Sala acuerda: Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Suárez Poncela, en la representación de autos, contra la sentencia de veintisiete de mayo de dos mil catorce dictada por el Juzgado de Primera Instancia número once de Gijón en los autos de juicio verbal n.º 151/2014, de los que este rollo de apelación dimana, resolución que se revoca en el único sentido de condenar a los demandados a abonar las pensiones fijas en la sentencia recurrida desde la fecha de interposición de la demanda y dentro de los cinco primeros días de cada mes, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia».

TERCERO.- 1.- Por doña Cristina se interpuso recurso de casación basado en el siguiente:

Motivo único.- Al amparo de lo prevenido en el art. 477.1 en relación con el 477.2.3.º de la LEC 1/2000 , por infracción de las normas y principios aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, siendo las mismas: Indevida aplicación del principio de protección del interés del menor, art. 142 del Código Civil , arts. 143 y 144 del CC , arts. 145 y 146 del CC , arts. 14 , 39 , 41 y 43 de la Constitución Española , Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de noviembre del año 1989 ratificada por España. Arts. 2 , 3 y 11.2 de la LO. 1/96 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto, de fecha 4 de noviembre de 2015 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado al Ministerio Fiscal para que, en su caso, formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Fiscal presentó escrito de oposición al mismo interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 24 de febrero de 2016, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- D.^a Cristina , en representación de su hija menor Isidora , interpuso demanda contra D. Gervasio y D.^a Adela (abuelos maternos, y contra D. Virgilio y D.^a Enma (abuelos paternos), en reclamación de alimentos para la menor Isidora .

Basa la parte recurrente tal demanda en los siguientes extremos:

a) D.^a Cristina y D. Leoncio , son padres de una niña llamada Isidora , nacida en Gijón el día NUM000 de 2003.

b) Con fecha 14 de noviembre de 2006 se dictó sentencia por la que se establecían diversas medidas, entre ellas la atribución de la guarda y custodia de la menor a su madre, D.^a Cristina , el establecimiento de un régimen de visitas en favor del padre, condenando a este último al abono mensual de alimentos en favor de la menor en la cantidad de 250 euros mensuales.

c) Con fecha 2 de marzo de 2010 recayó sentencia en sede de modificación de medidas en virtud de la cual se acuerda suspender las comunicaciones paterno filiales, manteniendo la medida económica.

d) Mediante comparecencia de 10 de noviembre de 2010 se acuerda restablecer el régimen de estancias del padre y su hija, manteniendo la inicial medida económica en los mismos términos en que fue establecida.

e) El padre de la menor no ha abonado cantidad alguna en concepto de alimentos a su hija desde el año 2008, habiendo instado por la demandante varios procedimientos judiciales contra el padre en reclamación de las cantidades adeudadas en concepto de alimentos, tanto en la jurisdicción civil como penal. En las resoluciones



dictadas como consecuencia de tales procedimientos se indicó que ha quedado acreditada la absoluta insolvencia del padre, el cual carece de todo tipo de bienes con los que hacer frente a las necesidades de la hija, teniendo una enfermedad que le impide incorporarse al mercado laboral.

f) La demandante se encuentra impedida para trabajar, percibiendo una pensión no contributiva de 357,70 euros mensuales, derivada de su situación de incapacidad permanente (minusvalía reconocida del 65%), percibiendo del INSS por cada hijo (en total tres), 24,25 euros. Con dicha cantidad tiene que afrontar las necesidades de estos y sus propias necesidades, cantidades que no alcanzan el importe del IPREM. Añade que los otros dos hijos de la demandante, aun cuando su padre ha fallecido, no cobran pensión de orfandad debido a la ausencia de cotizaciones por su difunto padre, no percibiendo por la misma razón la demandante pensión de viudedad alguna.

g) A la vista de lo expuesto, atendidas las necesidades de la menor y la capacidad económica de los demandados, abuelos paternos y maternos, solicita que se declare la obligación de los abuelos paternos y maternos de prestar alimentos a su nieta, condenando a los abuelos paternos a que abonen a su nieta una pensión de 345 euros mensualmente, con efectos desde la interposición de la demanda, así como al abono del 75% de los gastos extraordinarios que genere la menor, incluyendo en tal concepto los gastos relativos a clases de música y de apoyo, condenando a los abuelos maternos a que abonen a su nieta una pensión de 115 euros mensualmente, con efectos desde la interposición de la demanda, así como al abono del 25% de los gastos extraordinarios que genere la menor, incluyendo en tal concepto los gastos relativos a clases de música y de apoyo.

Los abuelos maternos demandados se manifestaron conformes con la petición de alimentos realizada por la actora, estimando no obstante que su contribución debe limitarse a 80 ó 90 euros mensuales atendidos sus medios económicos.

Los abuelos paternos demandados negaron la procedencia de la reclamación de alimentos aduciendo la falta de legitimación pasiva de los mismos para prestar alimentos al hallarse obligado preferentemente para prestarlos el padre de la menor, añadiendo que en cualquier caso carecen de los medios económicos para prestarlos al estar ya prestando alimentos a tres de sus hijos, dos de los cuales residen en su domicilio y la tercera en un piso de su propiedad acudiendo a recibir manutención diariamente, solicitando por ello la desestimación de la demanda.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a los abuelos paternos al abono de una pensión de 135 euros mensuales y a los abuelos maternos a una pensión de 115 euros mensuales, fijando dichas cantidades tras ponderar las necesidades de la menor y la capacidad económica de los abuelos. Con relación a los gastos extraordinarios los desestima con base en que tal concepto está previsto para los supuestos de reclamación de alimentos paterno filiales por determinación del artículo 93 del Código Civil, quedando fuera del concepto de alimentos legales del artículo 142 y siguientes del Código Civil. Recoge la enfermedad mental del padre de la menor y la situación de insolvencia del mismo.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, D.^a Cristina con la pretensión de que se incremente su cuantía, se amplíen los alimentos a los gastos extraordinarios, se fije su efectividad al momento de interposición de la demanda y se modifique la distribución de la pensión incrementando el importe de la de los abuelos paternos.

El recurso de apelación fue resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Séptima, con sede en Gijón, de fecha 28 de enero de 2015. Dicha resolución estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar a los demandados a que abonen las pensiones fijadas en la sentencia recurrida desde la fecha de interposición de la demanda, confirmando la sentencia de primera instancia en cuanto a los demás extremos.

En relación a la cuantía de las pensiones a abonar las confirma tras examinar las necesidades de la menor y los medios económicos de los abuelos paternos y maternos. Y respecto a los gastos extraordinarios los desestima por las mismas razones que el juzgado de primera instancia.

Recorre en Casación, la parte demandante, D.^a Cristina .

Utilizado por la parte recurrente el cauce previsto en el ordinal 3.º del art. 477.2 de la LEC, dicho cauce constituye la vía casacional adecuada, habida cuenta de que el procedimiento se tramitó en atención a la materia.

El recurso de casación se articula en un único motivo, en el que tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 142, 143, 144, 145 y 146 del Código Civil, artículos 14, 39, 41 y 43 de la Constitución Española, Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de



noviembre de 1989 ratificada por España, así como los artículos 2, 3 y 11.2 de la LO 1/96, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento del interés casacional se citan como opuestas a de menores de edad, estando el interés del menor por encima de cualquier otra cuestión.

Recurso de casación.

SEGUNDO .- Motivo único. Al amparo de lo prevenido en el art. 477.1 en relación con el 477.2.3.º de la LEC 1/2000, por infracción de las normas y principios aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, siendo las mismas: Indevida aplicación del principio de protección del interés del menor, art. 142 del Código Civil, arts. 143 y 144 del CC, arts. 145 y 146 del CC, arts. 14, 39, 41 y 43 de la Constitución Española, Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de noviembre del año 1989 ratificada por España. Arts. 2, 3 y 11.2 de la LO. 1/96 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Se desestima el motivo.

Como fundamento del interés casacional se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala de fechas 5 de octubre de 1993, 5 de octubre de 1995, 3 de octubre de 2008, 16 de julio de 2002, 3 de abril de 2009, relativas a la pensión de alimentos.

Señala la parte recurrente la novedad de la cuestión suscitada por ser el primer caso en España por el que se declara el derecho de una menor por insolvencia de uno de sus progenitores a percibir alimentos de sus cuatro abuelos. A partir de tal extremo apunta que en los casos de menores de edad, cuyo progenitor reclama alimentos a los abuelos por imposibilidad de prestarlos un progenitor, la previsión contenida en el artículo 142 del Código Civil debe ser integrada con toda la normativa relativa a los menores de edad, con la consecuencia de que aun cuando se trate de alimentos del artículo 142 del Código Civil, los gastos extraordinarios deben tener cabida en dicha acción.

Indica la parte recurrente que la insolvencia del padre no ha de perjudicar el interés del menor, no pudiendo tener el mismo tratamiento los alimentos entre parientes mayores de edad que los alimentos en caso de menores de edad, estando el interés del menor por encima de cualquier otra cuestión.

TERCERO .- Esta Sala debe declarar que las cuantías en las que se fijan los alimentos son proporcionadas a la capacidad del que las da y necesidades del que recibe, en cuanto en la sentencia recurrida se tiene en cuenta que los abuelos paternos pese a percibir mejor pensión que los maternos y poseer mayor patrimonio, también deben afrontar el mantenimiento de hijos mayores, uno de los cuales (el padre de la menor) reside con ellos, lo que limita su capacidad económica, por lo que el principio de proporcionalidad queda perfectamente respetado.

En la sentencia recurrida no se condena al pago de los gastos extraordinarios, en base a que los mismos solo se recogen en el art. 93 del C. Civil para las relaciones entre padres e hijos, pero no para el caso de abuelos con nietos, relación ésta que tiene su regulación en el art. 142 del C. Civil, para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

En el presente caso, los gastos extraordinarios que se reclamaban se concretan, en clases de música y apoyo.

Los referidos gastos extraordinarios no son estrictamente parte de los derivados de la educación de la menor, la que asiste a un colegio público y como tal gratuito.

Es comprensible el deseo de la madre de afrontar la satisfacción de dichos gastos, pero es de reconocer que el art. 142 del C. Civil, no los impone a los abuelos, los que vienen condenados al pago de alimentos, en la proporción que puedan atenderlos, dada su condición de jubilados y edad avanzada de los mismos.

Los gastos extraordinarios que se reclaman no tienen cabida legal en la relación de abuelos-nietos, sin perjuicio, como se declara en la sentencia recurrida, por remisión a la del Juzgado, que, en ocasiones procederán los gastos extraordinarios si tienen relación con los conceptos recogidos en el art. 142 del C. Civil, a los que antes hicimos referencia (sustento, habitación, vestido y asistencia médica).

Sobre los gastos extraordinarios y su conceptualización se pronunció esta Sala en sentencia de 14 de octubre de 2014; recurso núm. 1935 de 2013.

La recurrente cita dentro de la jurisprudencia, sentencias que hacen referencia las relaciones padre hijos, y no a las de los abuelos, por lo que no puede mantenerse la existencia de interés casacional por infracción de doctrina jurisprudencial.



Pretende la recurrente que las restricciones del art. 142 del C. Civil no pueden aplicarse cuando se trata de menores.

Ciertamente dicho precepto no puede aplicarse cuando se trata de las relaciones padres e hijos menores (arts. 110 y 154.1 C. Civil), pues estas tienen su acomodo normativo en el art. 93 del C. Civil , pero no puede extenderse la aplicación de éste precepto (art. 93 C. Civil) a las relaciones abuelos-nietos, aún cuando estos sean menores, al impedirlo el art. 142 del C. Civil , que es la norma aplicable entre ascendientes (abuelos) y descendientes (nietos) (art. 143 C. Civil).

En conclusión, los abuelos tienen obligación de afrontar los gastos que generen sus nietos, ante la insolvencia de los padres, de acuerdo con lo establecido en el art. 142 del C. Civil y con respeto estricto del principio de proporcionalidad (arts. 145 y 146 C. Civil), (sentencias de 21 y 27 de octubre de 2015 , recursos 1369 y 2664 de 2014).

CUARTO.- Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).

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

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.^a Cristina contra sentencia de 28 de enero de 2015 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias, con sede en Gijón .

2. Confirmar la resolución recurrida.

3. Procede expresa imposición de costas al recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleón Prieto, Xavier O' Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.