

Roj: **STS 568/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:568**Id Cendoj: **28079110012015100085**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **02/03/2015**Nº de Recurso: **735/2014**Nº de Resolución: **111/2015**Procedimiento: **Casación**Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

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

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 288/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº uno de Ubrique, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Enriqueta, representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús Rivero Ratón; siendo parte recurrida don Constancio, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Lucía Carazo Gallo. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Josefa Salas Gómez, en nombre y representación de don Constancio, interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas, contra doña Enriqueta y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se modifiquen las medidas dictada en sentencia de 9-4-2010, en los términos expuestos en el hecho cuarto de esta demanda, todo ello con imposición de las costas a la parte demandada.

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.- El procurador don José María Sevilla Ramírez, en nombre y representación de doña Enriqueta, 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 se declare no haber lugar a la modificación de medidas.

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ubrique, dictó sentencia con fecha 23 de mayo de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue FALLO: *DEBO DESESTIMAR íntegramente la demanda interpuesta por el procurador de los Tribunales doña Josefa Salas Gómez en nombre y representación de don Humberto. Sin expresa condena en costas.*

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación, por la representación procesal de don Constancio. La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó sentencia con fecha 16 de diciembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue: Fallo: *Estimando, como estimamos, el recurso de apelación interpuesto por la representación de DON Maximino contra la sentencia de fecha 23 de Mayo de 2.013 dictada por el Ilmo. Sr. Magjstrado Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de los de Ubrique en los autos de que este rollo trae causa, y en consecuencia, debemos revocar, y revocamos, el fallo de la misma en el sentido de suspender temporalmente la pensión alimenticia hasta que el apelante obtenga ingresos de un trabajo remunerado o sea beneficiario de algún tipo de pensión, subsidio o cualesquiera otras prestaciones, momento*



en el que volverá a reanudarse la pensión alimenticia establecida, todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas del recurso.

Con fecha 24 de enero de 2014. se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva DICE. Por lo anteriormente expuesto ACORDAMOS: Aclarar la sentencia dictada fecha 16 de diciembre de 2013 en el sentido de donde constar, en el encabezamiento, "..en el que figura como parte apelante DON Humberto debe constar, "... en el que figura como parte apelante DON Constancio "; en el antecedente de hecho segundo, ".." por la representación DON Maximino .." debe constar, "... por la representación de DON Constancio ..."; en el fundamento de derecho segundo, "Estimado el recurso de apelación interpuesto por la representación de D Maximino ..." debe constar, "Estimado el recurso apelación interpuesto por la representación de DON Constancio ..." y en el fallo: "..el recurso de apelación interpuesto por la representación de DON Maximino ... , debe constar "... el recurso de apelación interpuesto por la representación de DON Constancio ..."permaneciendo idénticos e invariables el resto de pronunciamientos contenidos en el FALLO de la misma.

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso de casación** la representación de doña Enriqueta con apoyo en los siguientes **MOTIVO: ÚNICO.-** Infracción de los artículos 93 y 146 CC , alegando la oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 1 de marzo de 2001), así como la existencia de jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 30 de septiembre de 2014 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.-Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Lucía Carazo Gallo, en nombre y representación de don Constancio , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando se desestime el recurso de casación interpuesto.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de febrero de 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El único motivo del recurso, que formula doña Enriqueta , tiene que ver con lo que la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales denomina *mínimo vital* que se garantiza en función de una prestación alimenticia a favor de los menores que suele oscilar entre los 150 y 200 euros en que suele fijarse por los Tribunales a pesar de que el progenitor no tenga ingresos, salvo enfermedad o falta de capacidad o falta de aptitud para acceder al mercado de trabajo, con el que se presume que se pueden cubrir las necesidades vitales de los menores; problema respecto del cual las Audiencias provinciales se encuentran divididas, optando unas, como la recurrida, por la suspensión (SAP de San Sebastián de 5 de diciembre de 2008 ; de A Coruña de 16 de Enero de 2013), y fijando otras una cuantía en concepto de mínimo vital (SAP de Barcelona -Sección 12- de 8 de junio de 2012 y 25 de mayo 2005 ; de Girona -Sección 1ª- de 11 de marzo de 2011 ; de Málaga -Sección 6ª- de 29 de octubre de 2008).

La sentencia que ahora se recurre niega este mínimo vital con el siguiente argumento: *"aunque esta obligación de prestar **alimentos** a los hijos se constituye en un deber inexcusable, no es el mismo tan absoluto que obligue a su mantenimiento cuando consta acreditado en autos que el progenitor a quien se reclaman carece de ingresos o estos son tan reducidos que no alcanzan a cubrir siquiera sus propias necesidades, que vienen siendo atendidas por sus familiares y/o amigos, pues en ese caso esa carencia se convierte evidentemente en una causa de fuerza mayor que impide incluso la fijación del denominado mínimo vital, al convertirse en una prestación imposible. Y, así las cosas, esa situación de carencia de ingresos por parte del progenitor no custodio en este momento es extremo que debe reputarse acreditado con la prueba practicada en la primera instancia, tal y como se infiere del informe de vida laboral que consta al folio 36 de las actuaciones así como de las certificaciones que constan a los folios 8, 54 y 55 de las mismas, de las que se infiere no solamente que el apelante se encuentra en desempleo sino que además no percibe prestación o subsidio alguno, y dicha precaria situación, por supuesto no buscada de propósito, le impide hacer frente a sus propias necesidades, como lo evidencia el hecho de que carezca de domicilio independiente viéndose obligado a vivir sus padres, los cuales, al parecer venían haciéndose cargo de la pensión alimenticia, por todo lo cual procede la estimación del recurso para suspender temporalmente la pensión alimenticia hasta que el apelante obtenga ingresos de un trabajo remunerado o sea beneficiario de algún tipo de pensión, subsidio o cualesquiera otras prestaciones, momento en el que volverá a reanudarse la pensión alimenticia establecida".*



El Ministerio Fiscal se muestra de acuerdo con la solución dada al problema planteado por la Audiencia Provincial de Cádiz. En primer lugar, por razones de orden público y del superior interés del menor, considera que la supresión no ha de ser acordada nunca y la suspensión solo si la prueba es contundente, como en este caso sucede. En segundo lugar, en caso contrario se abocaría al recurrente al impago sucesivo de los plazos de la pensión y, lo que es más penoso, a la comisión de un delito tipificado como tal en nuestro Código Penal. Solicita en consecuencia la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- El recurso se desestima

Dice la sentencia de 12 de febrero de 2015 lo siguiente: "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, añade, "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".

Ocurre así en este caso -carácter muy excepcional- en atención a los datos que valora la sentencia recurrida. El interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo "en todo caso", conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el artículo 93 del Código Civil, y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146 CC. Ahora bien, este interés no impide que aquellos que por disposición legal están obligados a prestar **alimentos** no puedan hacerlo por carecer absolutamente de recursos económicos, como tampoco impide que los padres puedan desaparecer físicamente de la vida de los menores, dejándoles sin los recursos de los que hasta entonces disponían para proveer a sus necesidades.

La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades, como en este caso, son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligados a hacerlo, conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil, las mismas contra los que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación, supuesta la carencia de medios de ambos padres, si bien teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 CC, esta obligación cesa "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", que es lo que ocurre en este caso respecto al padre. Estamos, en suma, 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.- Consecuencia de lo razonado es la desestimación del recurso y la no imposición de las costas a la recurrente, por razones obvias derivadas de lo que aquí se discute

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso formulado por la representación legal de doña Enriqueta, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5ª, de fecha 16 de diciembre de 2013; sin expresa imposición de las costas causadas.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas**



Quintana. Antonio Salas Carceller. Eduardo Baena Ruiz. Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y Rubricado.
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ