



Roj: **STS 3380/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3380**

Id Cendoj: **28079110012017100502**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2017**

Nº de Recurso: **1764/2016**

Nº de Resolución: **525/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 3380/2017,**
AATS 12209/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 27 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección 24ª de la Audiencia Provincial de Madrid, el día 17 de febrero de 2016, dictada en el recurso de apelación n.º 615/2015, dimanantes de los autos de demanda de divorcio contencioso n.º 42/2014, procedentes del Juzgado de Primera Instancia n.º 66 de Madrid. - Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la procuradora de los tribunales doña María Concepción del Rey Estévez en representación de doña Belen . - No ha comparecido ante esta sala la parte recurrida -Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora doña María Concepción del Rey Estévez en nombre y representación de doña Belen , presentó demanda de divorcio contencioso y de solicitud de medidas personales y pensión alimentaria contra don Isaac solicitando se dictase sentencia con los siguientes pedimentos:

«1.º La disolución del vínculo matrimonial.

»2.º La disolución del régimen económico de gananciales.

»3.º La revocación de todos los poderes otorgados por cualquiera de los cónyuges a favor del otro.

»4.º Las siguientes medidas que habrán de regular los efectos de la disolución matrimonial:

»- Patria potestad. La patria potestad que quedará compartida.

»- Guardia y custodia. Deberá otorgarse a mi poderdante la guardia y custodia de los hijos habidos del matrimonio.

»- Régimen de visitas. Condicionado al resultado de lo dictaminado en el informe pericial psicosocial solicitado por esta parte en el PRIMER OTROSI, esta parte no se opone a un régimen de visitas amplio, a favor del padre, consistente en fines de semana alternos desde las diez horas del sábado a las veinte horas del domingo y la mitad de las vacaciones escolares de verano, de Semana Santa y de Navidad, correspondiendo la primera mitad a la madre en los años pares y al padre en los impares, y sin posibilidad de acumularse si el padre no puede disfrutar del tiempo que le corresponde por motivos de trabajo. Atendiendo a las malas relaciones existentes entre los cónyuges, la recogida y la entrega de los hijos se deberá realizar en el punto de encuentro



más cercano al domicilio de la madre. Así mismo, atendiendo al hecho de que el progenitor no custodio es de nacionalidad extranjera, y los menores son de nacionalidad española, interesa a esta parte que en virtud de la previsión de los artículos 103.1.a) y 158.3.º.a del Código Civil que, ante el riesgo de sustracción de la menor, con objeto de hacer daño a la madre, solicitamos la prohibición de su salida del Territorio Nacional, salvo autorización judicial.»

»- Alimentos. Que en atención a lo dispuesto en el artículo 146 del Código Civil , dado que mi patrocinada carece de ingresos suficientes y los del progenitor no custodio se acreditan elevados, éste deberá abonar mensualmente, entre el 1º y el 5º día, mediante su ingreso en la cuenta bancaria que al efecto designe esta parte, una pensión alimenticia a favor de los hijos menores de 300 € mensuales por hijo común (en total 600 €), además de cooperar con los gastos extraordinarios que pudieran surgir al cincuenta por ciento (50%). Esta cantidad será actualizada anualmente conforme al Índice de Precios al Consumo fijado por el INE u organismo que lo sustituya.

»- Pensión del artículo 97 C.C . Dado el desequilibrio económico que la presente ruptura matrimonial causa a mi representada, DON Isaac de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 del Código Civil así como en el artículo 143 de la Ley 966 de 4 de abril de 1988 que regula el Código de Familia concordado de la República Boliviana deberá abonar una pensión compensatoria de 300 € mensuales».

2.- Por decreto de 5 de mayo de 2014 se admitió a trámite la demanda y se emplazó al demandado para contestar.

3.- El Ministerio Fiscal fue emplazado y contestó a la demanda, suplicando al Juzgado dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

4.- La procuradora doña Gema Sanz de la Torre Vilalta, en nombre y representación de don Isaac , contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dicte sentencia por la que se declare:

«1- La disolución del vínculo matrimonial por divorcio del matrimonio, y de la sociedad de gananciales.

»2- Revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado a favor del otro cónyuge, cesando la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

»3- Que se proceda a fijar un régimen de visitas según lo acordado en el cuerpo de este escrito.

»4- En concepto de alimentos para los hijos se proceda a establecer una pensión a favor de estos, que deberá satisfacer Don Isaac , que se adecue a sus ingresos, y en todo caso que la cantidad de no sea superior a 50 € mensuales por cada hijo, abonándolos en la cuenta que a tal efecto designe entre los días uno y cinco de cada mes, actualizándose esta cantidad anualmente mediante la variación al alza fijada por el IPC.

»5- Que se declare que no procede pensión compensatoria, al no existir desequilibrio económico entre los cónyuges.»

4.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 66 de Madrid, dictó sentencia el 19 de febrero de 2015 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Desestimar la demanda interpuesta por Belen , representada por la Procuradora D.ª M.ª Concepción del Rey Estévez, contra Isaac , representado por la Procuradora D.ª Gema Sainz de la Torre Vilalta.

»Imponer a la demandante las costas procesales».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de D.ª Belen correspondiendo su resolución a la sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 17 de febrero de 2016 con el siguiente fallo:

«Que ESTIMANDO parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D.ª Belen representada por la Procuradora D.ª CONCEPCIÓN DEL REY ESTEVEZ, contra la sentencia de fecha 19 /02/2015; del Juzgado de Primera Instancia número 66 de Madrid ; dictada en el proceso sobre DIVORCIO número 42/14; seguido con D. Isaac , representado por la Procuradora D.ª GEMA SAINZ DE LA TORRE debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la mentada resolución; y en su consecuencia debemos ACORDAR:

»- La disolución del matrimonio habido por los litigantes por causa de divorcio, con los efectos inherentes a dicha declaración.

»- Y sin que proceda hacer pronunciamiento sobre cualquier otra medida complementaria a dicha declaración; y sin hacer pronunciamiento de condena en costas en ninguna de las instancias».

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación .

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de doña Belen , con base en los siguientes motivos:

«PRIMERO.- Infracción de la jurisprudencia que establece que el principio de interés superior del menor que debe regir los pronunciamientos en procesos de familia.

»SEGUNDO.- Infracción del artículo 24 de la Constitución . Falta de pronunciamiento debido. Falta de motivación suficiente. Incongruencia».

2.- La sala dictó auto el 7 de junio de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

«1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Belen , contra la sentencia dictada con fecha de 17 de febrero de 2016, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 615/2015 dimanante del juicio ordinario n.º 42/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 66 de Madrid.

»2.º) Y entréguese copias de los escritos de interposición del recurso de casación formalizados con sus documentos adjuntos al Ministerio Fiscal».

3.- El Fiscal interesó la desestimación del presente recurso.

4.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de D. Isaac , manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

5.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo del recurso el 19 de septiembre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.**

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación.

1.- El presente recurso trae causa de la demanda de divorcio promovido por la esposa frente a su marido, en la que se solicitaba, además de la disolución del vínculo matrimonial, la adopción de medidas relativas a los dos hijos menores habidos del matrimonio y nacidos, respectivamente, en los años 2005 y 2009, de acuerdo con las certificaciones registrales aportadas y, en concreto, se solicitaba el establecimiento de una pensión alimenticia con cargo al padre por el importe de 600 euros mensuales, a razón de 300 euros para cada hijo.

Frente a la demanda, el esposo formuló contestación, en la que solicitaba el dictado de sentencia de divorcio con las medidas que detallaba, entre las que solicitaba la adopción de una pensión alimenticia de 50 euros mensuales, para cada uno de los hijos, atendido su nivel de ingresos.

Señalado el juicio tuvo lugar la celebración de la correspondiente vista con asistencia de la parte demandada y del Ministerio Fiscal, no compareciendo la parte actora pero si su Letrado y Procurador.

La sentencia dictada en Primera instancia acordó, ante la inasistencia de la parte actora y de la imposibilidad de tener conocimiento de ciertas circunstancias que, por su importancia, debían de ser ponderadas para la adopción de medidas de carácter personal que afectaban a los menores, desestimar la demanda formulada, sin perjuicio del derecho de la parte a reproducir su petición.

2.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que conoció la sección vigesimocuarta de la Audiencia Provincial de Civil de Madrid, que dictó sentencia el 17 de febrero de 2016 por la que estimaba parcialmente el recurso y, en consecuencia, acordó la disolución del matrimonio pero sin hacer pronunciamiento sobre cualquier otra medida complementaria a dicha declaración, incluidas las que afectan a los hijos menores.

Motiva esta última decisión en que se desconocen los datos personales y familiares.

3.- Frente a la citada resolución se interpone por la madre recurso de casación, fundado en dos motivos.

En el primero de ellos se alega la infracción de los arts. 154 CC y 39 CE , por considerar que la obligación de prestar alimentos es una obligación inexcusable, por lo que no resulta posible omitir el pronunciamiento al respecto.

Invoca la parte, entre otras, la STS de 5 de octubre de 1993 , que viene a determinar que la obligación de alimentos es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, con rango



constitucional al amparo del art. 39 CE , por lo que no resultaría posible dejar sin pronunciamiento la solicitud de alimentos para los hijos menores, porque lo colocaría en situación de desamparo.

Cita asimismo, la parte la STS de 22 de julio de 2015, Rec. 737/2015 , en el que se casa la sentencia dictada en la que se omitió el pronunciamientos sobre alimentos a menores por hallarse el demandado en paradero desconocido, al menos en cuanto al denominado mínimo vital, y determina: « *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*», y añade: «*De la referida doctrina se deduce que como marca el art. 93 del C. Civil se deberán determinar "en todo caso" los alimentos que la menor ha de percibir de su progenitor, en base al principio de proporcionalidad. Esta Sala debe declarar que junto con la necesaria protección de los intereses del rebelde procesal, está la necesidad de que los Tribunales tutelen los derechos del menor y como señala el Ministerio Fiscal, no podemos soslayar la obligación que el padre tiene, constitucionalmente establecida, de prestar asistencia a sus hijos (art. 39 de la Constitución)*».

En el segundo de los motivos se alega la infracción del art. 24 CE , por falta de pronunciamiento debido, falta de motivación suficiente e incongruencia de la sentencia recurrida. Sostiene la recurrente que la falta de fijación de medidas supone una evidente infracción del derecho a la tutela judicial efectiva puesto que, de facto, se está imponiendo una situación de desamparo de menores inaceptable.

4.- La Sala dictó auto el 7 de junio de 2017 por el que admitió el recurso de casación.

5.- El Ministerio Fiscal, con cita de las sentencias citadas por la recurrente y en atención al interés del menor, solicita la estimación del recurso de casación.

SEGUNDO.- *Decisión del recurso .*

No podemos olvidar que «la obligación legal que pesa sobre los progenitores, está basada en un principio de solidaridad familiar y 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 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).»

TERCERO.- En el supuesto enjuiciado no se está en presencia de una situación de precariedad del progenitor alimentante, pues él mismo ofrece pagar pensión a razón de 50€ mensuales para cada hijo, sino de ausencia de alegaciones de la parte recurrente sobre su petición a causa de no haber comparecido a la vista.

Teniendo en cuenta el interés del menor y que las medidas que a ellos afectan deben adoptarse de oficio, sin estar sometidas a la justicia rogada, la ausencia de la actora a la vista puede incidir en la determinación del *quantum* de la pensión, pero no justificar, como afirma la recurrente y el Ministerio Fiscal, la ausencia de decisión sobre tan trascendental medida en beneficio de los menores.

Téngase en cuenta que el párrafo primero del art. 93.CC contempla un derecho incondicional, que debe ser sancionado incluso de oficio («El Juez en todo caso...»).

Hasta tal punto es así que la sentencia de 21 de mayo de 2012 señala que «no puede alegarse incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el Juez, en virtud de la naturaleza de *ius cogens* que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales».

Pues bien, si en ausencia de justicia rogada el Juez viene obligado a fijar pensión alimenticia en favor de los hijos menores, con mayor motivo cuando existe petición al respecto y el obligado hace un ofrecimiento.

El Tribunal, en todo caso, pudo hacer uso de la facultad que le ofrece el art. 752 LEC en esta clase de procedimientos de decretar «de oficio cuantas pruebas estime pertinentes», disposición que ha aplicado esta sala en SSTS de 5 de octubre ; 13 de junio , 25 de abril y 2 de noviembre de 2011 , entre otras.

Si así no obró, al menos debió fijar, como contribución del progenitor demandado a los alimentos de los hijos menores, la cantidad ofrecida por él al contestar a la demanda.



CUARTO.- En atención a lo expuesto procede, con estimación del recurso, casar la sentencia y, asumiendo la instancia, fijar como medidas consecuencia del divorcio de los progenitores, en relación con los menores, las propuestas por el demandado en su contestación a la demanda.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC no se imponen a la parte recurrente las costas del recurso y no ha lugar a hacer expresa condena en costas en las instancias.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por doña Belen , contra la sentencia dictada por la Sección 24ª de la Audiencia Provincial de Madrid, el día 17 de febrero de 2016, recaída en el recurso de apelación n.º 615/2015, dimanante de los autos de demanda de divorcio contencioso n.º 42/2014, procedentes del Juzgado de Primera Instancia n.º 66 de Madrid. **2.-** Casar la sentencia parcial del recurso de apelación, fijar como medidas consecuencia del divorcio, en relación a los menores, las propuestas por el demandado en su escrito de contestación a la demanda. **3.-** No se impone a la parte recurrente las costas del recurso. **4.-** No ha lugar a hacer expresa condena en costas de las causadas en ambas instancias.

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

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz M.ª Ángeles Parra Lucán