



Roj: **STS 5707/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5707**

Id Cendoj: **28079110012013100680**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/11/2013**

Nº de Recurso: **1159/2012**

Nº de Resolución: **742/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 54/2012,**
STS 5707/2013

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D.Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 742/2013

Fecha Sentencia : 27/11/2013

CASACIÓN

Recurso Nº : 1159 / 2012

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 12/11/2013

Ponente Excmo. Sr. D. : Francisco Javier Orduña Moreno

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, Sección 9ª

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

Escrito por : RDG

Nota:

SENTENCIA DICTADA EN UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: ALIMENTOS. MOMENTO A TENER EN CUENTA PARA EL ABONO DE LA PENSIÓN FIJADA EN UN PROCESO DE DECLARACIÓN DE FILIACIÓN NO MATRIMONIAL. ARTÍCULO 148, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO CIVIL .

CASACIÓN Num.: 1159/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Javier Orduña Moreno

Votación y Fallo: 12/11/2013

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA Nº: 742/2013



Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Xavier O' Callaghan Muñoz

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Noviembre de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 798/2911 por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio verbal núm 661/2007, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Requena (Valencia), cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don Francisco Javier Blasco Mateu en nombre y representación de don Saturnino , compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Bartolomé en calidad de recurrente y el Ministerio Fiscal en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Sara Alcañiz Fornes, en nombre y representación de doña Marisol en nombre y representación legal de su hijo menor don Humberto interpuso demanda de juicio verbal, contra don Saturnino y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "... a) Se determine la filiación no matrimonial que por la presente se reclama a favor del menor Humberto y a cargo de D. Saturnino , como padre natural de aquel, con los efectos que le son inherentes.

b) Que se rectifique la inscripción de nacimiento de Humberto en el Registro Civil de Sagunto, para que conste su filiación paterna pero sin ostentar ningún apellido del demandado, al ser esta la voluntad del menor.

c) Que el demandado pase a la actora para el sustento del hijo de ambos, la cantidad de 600 euros mensuales, habida cuenta de la prueba que se practique sobre la cuantía de los ingresos de Saturnino , cantidad que se deberá entregar a mi representada dentro de los cinco primeros días de cada mes y actualizarla anualmente en la proporción y sentido que varíe el Índice de Precios de Consumo, que fije el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya, así como que condenase al demandado a acatar y cumplir los referido pronunciamientos.

d) Que sea condenado al pago de la pensión desde la presentación de la demanda.

e) Que se impongan las costas al demandado en caso de oposición".

2.- El Ministerio Fiscal, 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 dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas".

3.- La procuradora doña Ángeles Pérez Paracuellos, en nombre y representación de don Saturnino , 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: "... Si el resultado de la prueba determina que mi mandante no es el padre biológico de Humberto :

No declarar la paternidad de mi representado, con expresa condena en costas a la demandante por su temeridad al litigar.

Si el resultado determina la paternidad de mi mandante:

Declarar la paternidad, con las modificaciones registrales que fueran precisas, INCLUYENDO EL APELLIDO DEL PADRE.

Regular el ejercicio compartido de la patria potestad.

Regular la guarda y custodia y el régimen de visitas: contando con la voluntad del menor, cuya relación con mi mandante fue buena durante el tiempo que convivieron el verano pasado, rogando si es preciso la intervención del Gabinete Psicopedagógico adscrito a los Juzgados para normalizar cuanto antes la relación entre ambos en beneficio del menor.



Mi mandante solicita (habida cuenta de que se le ha negado de facto durante 12 años) la guarda y custodia de Humberto , que ha vivido con su madre durante 2/3 de su vida y el 1 /3 que le queda hasta su mayoría de edad bien podría vivir con su padre si lo desea, sin perjuicio de la libre comunicación que pueda tener Humberto , dada su actual edad, con su madre".

En el mismo escrito y seguidamente, plantea demanda reconvenicional alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando en la misma se dicte sentencia por la que acuerde: "...Declarar la paternidad, con las modificaciones registrales que fueran precisas, INCLUYENDO EL APELLIDO DEL PADRE.

Regular el ejercicio compartido de la patria potestad.

Regular la guarda y custodia y el régimen de visitas: contando con la voluntad del menor, cuya relación con mi mandante fue buena durante el tiempo que convivieron el verano pasado, rogando si es preciso la intervención del Gabinete Psicopedagógico adscrito a los Juzgados para normalizar cuanto antes la relación entre ambos en beneficio del menor.

Mi mandante solicita (ya que se le ha negado de facto durante 12 años) la guarda y custodia de Humberto , que ha vivido con su madre durante 2/3 de su vida y el 1 /3 que le queda hasta su mayoría de edad bien podría vivir con su padre si así lo desea, sin perjuicio de la libre comunicación que pueda tener Humberto , dada su actual edad, con su madre".

La procuradora doña Sara Alcañiz Fornés, en nombre y representación de doña Marisol , se contestó a la reconvenición alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminaba suplicando al Juzgado: "...se desestime la demanda reconvenicional en los siguientes extremos :

1.- En cuanto a la declaración de paternidad que se pide en el punto primero del suplico de la demanda reconvenicional , aceptamos la misma al ser nuestra petición inicial de nuestro escrito de demanda principal, salvo en lo relativo al apellido del padre, que por el momento nos oponemos, salvo que tras las pruebas de exploración del menor y psicológica que interesamos el menor acepte tal petición o así lo acuerde le juzgador al que nos dirigimos.

2.- Nos oponemos al ejercicio compartido de la patria potestad.

De la simple lectura del punto segundo del suplico de la demanda reconvenicional no se pide expresamente la regulación compartida de la patria potestad por ambos progenitores, sino su regulación.

Conforme a lo establecido en el artículo 156 del Código Civil , " Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quién el hijo conviva " .

Lógicamente y por las amplias razones expuestas, el ejercicio de la patria potestad le corresponde exclusivamente a la madre con quién siempre ha convivido, ha adoptado las situaciones beneficiosas para el menor y así deberá ser en el futuro. No puede pretender el actor reconvenicional , ostentar un derecho que nunca ejerció ni cumplió con sus mínimas obligaciones.

3.- En cuanto a la regulación de la guarda y custodia, el actor reconvenicional no fija ningún criterio respecto a la misma, debiendo, en su caso ser aplicado, en beneficio del menor y con la graduación de visitas que pudiera aconsejar el gabinete psicosocial adscrito a los Juzgados , dado que nunca se estableció ningún régimen y sería contraproducente un régimen de visitas ordinario de fines de semana alternos y mitad de vacaciones escolares del niño dada la postura del padre durante todo este tiempo que nunca ejerció.

4.- En cuanto a la petición de guardia y custodia a favor del padre, nos oponemos tajantemente ya que quién nunca se interesó por su hijo no puede pretender ahora, pasados más de 13 años, irrumpir en la vida pacífica del menor y cambiar toda su forma de vida, costumbres, colegios y relación afectiva con su madre y hermanos de un solo vínculo".

Por el Ministerio Fiscal se contestó a la reconvenición, solicitando se dicte sentencia: "... con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas".

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Requena (Valencia), dictó sentencia con fecha 7 de abril de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: ESTIMO PARCIALMENTE la demanda la Procuradora doña Sara Pilar Alcañiz Fornés, en nombre y representación de doña Marisol , contra don Saturnino , acordando:



1.- Declarar que don Saturnino es el padre del menor Humberto , acordando la rectificación la inscripción de nacimiento de Humberto en el Registro Civil de Sagunto, para que conste su filiación paterna, debiendo llevar el menor los apellidos Jose Francisco .

2.- Se atribuye la guarda y custodia del hijo a la madre, doña Marisol ; el hijo menor continuará bajo la patria potestad compartida de ambos progenitores, quienes la ejercerán, de modo conjunto, en beneficio del hijo.

3.- Se establece régimen de visitas a favor de don Saturnino , de forma que don Saturnino podrá tener a su hijo domingos alternos, en la forma en la que determine el menor durante 10 domingos. A partir de este momento será el menor el que libremente habrá de determinar la forma en a que haya de visitar a su padre.

4.- Se fija a cargo de don Saturnino la cantidad de 220 euros mensuales a abonar a doña Marisol , a favor del hijo menor, en concepto de pensión de alimentos, que se abonarán los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente o de ahorro que designe doña Marisol .

La referida cuenta se actualizará, con efectos de 1 de enero de cada año, mediante la aplicación del incremento del índice de precios al consumo, que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial competente. Todo ello desde la presentación de la demanda.

5.- Los gastos extraordinarios que tengan su origen en los hijos comunes deberán ser satisfechos al 50% por ambos progenitores siempre que se acrediten suficientemente, sean consultados previamente o sean autorizados por el Juzgado en el caso de discrepancia entre los padres, teniendo la consideración e gastos extraordinarios todos aquellos que se devenguen de actividades que, a partir de este momento, sean decididas por los progenitores y sean distintas de las que se incluyen dentro de los alimentos.

Sin expreso pronunciamiento en costas".

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Marisol , la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 4 de enero de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: "...1º. Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia, número 3 de Requena, el día 7 de abril de 2011.

2º. Confirmar la citada sentencia.

3º. No hacer imposición de las costas de la alzada.

4º. Se declara la pérdida del depósito consignado para recurrir".

TERCERO .- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación por razón de interés casacional la representación procesal de don Saturnino con apoyo en los siguientes **MOTIVOS** :

Único.- Infracción de los artículos 768.2 LEC y artículo 148 CC .

Por el **Ministerio Fiscal** se interpuso recurso de casación contra la expresada sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS** :

Primero.- Infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento.

Segundo.- Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales de Málaga, Madrid y Valencia.

CUARTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 15 de enero de 2013 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. El Ministerio Fiscal presentó escrito de impugnación al mismo.

QUINTO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de noviembre de 2013 de noviembre del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1. La cuestión de fondo que plantea el presente caso, en donde resultó declarada la filiación no matrimonial del recurrente como padre del menor, es la relativa al momento a tener en cuenta para el abono de la pensión de alimentos fijada, ya con relación a la presentación de la demanda, o bien desde la sentencia recaída.

2. En síntesis, en el iter procesal tanto la Sentencia de Primera Instancia como la de Apelación, precisada en el auto de aclaración de 13 de febrero de 2012, estimaron el momento del abono de la pensión de alimentos en relación a la presentación de la demanda.



Recurso de casación.

Sentencia dictada en unificación de doctrina: alimentos. Momento a tener en cuenta para el abono de la pensión fijada en un proceso de declaración de filiación no matrimonial. Artículo 148, párrafo primero, del Código Civil .

SEGUNDO .- 1. La parte recurrente, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 de la LEC , por razón del interés casacional, fundamenta su recurso en orden a la infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento, particularmente, respecto de la vulneración del artículo 148, párrafo primero, del Código Civil , por indebida aplicación a los supuestos de pensión de alimentos derivada del reconocimiento de una filiación no matrimonial, así como de la necesidad previa de haber interpuesto la solicitud de alimentos provisionales del artículo 768.2 de la LEC .

En el presente caso, el motivo debe ser desestimado.

2. En la valoración del presente caso se debe partir de la diferente naturaleza existente entre la obligación de alimentos entre parientes y la obligación de alimentos a los hijos manifestada claramente, entre otros extremos, en el distinto fundamento que las informa, el valor referencial del principio de solidaridad familiar, por una parte, frente a un contenido básico derivado directamente de la relación de filiación (39.3 CE y 110 y 111 del Código Civil), la diferente finalidad y contenido de las mismas, el sustento básico en orden a salvaguardar la vida del alimentista, por una parte, frente a una asistencia mucho mas amplia que se extiende, estén o no en situación de necesidad, a los gastos que ocasione el desarrollo de la personalidad del menor (10 CE y 154.2 del Código Civil) y, en suma, la distinta determinación y extinción según sea la naturaleza de la obligación de alimentos.

3. Conforme a lo anteriormente señalado se llega a la conclusión que, dada la diversidad de su naturaleza jurídica, se trata de situaciones no homogéneas que en técnica constitucional impide alegar el elemento de comparación entre ambas obligaciones a los efectos de poder apreciar una posible vulneración del principio de igualdad (14 en relación con el 31.1 CE, tal y como ilustra la STC 57/2005, de 14 de marzo). Del mismo modo que, en parecidos términos, cabe afirmar que a la obligación de alimentos respecto de los hijos, como derivación de la patria potestad, tampoco le son aplicables las limitaciones que se observan en el régimen legal de la obligación de alimentos entre parientes.

Sin embargo, desde la señalada naturaleza propia y diferenciada, tampoco se puede inferir un argumento totalmente excluyente que rechace una lógica razón de especialidad entre ambas figuras en la medida en que la obligación de alimentos a los hijos participa, conceptualmente, de la caracterización general de la acción implícita en el régimen de la obligación de alimentos entre parientes. Máxime, teniendo en cuenta que nuestro Código, a diferencia de otros de la época, regula la obligación de alimentos entre parientes en sede propia, fuera de la disciplina de las obligaciones nacidas del matrimonio, y con una proyección, pese a su dificultad de aplicación práctica, claramente generalizadora en el tenor del artículo 153 del Código Civil y en aplicaciones prácticas como la del párrafo último del artículo 145 de dicho Cuerpo legal , caso de pluralidad de alimentistas que reclamen a la vez su derecho respecto de una misma persona obligada legalmente a prestarlo.

Esta razón de especialidad, si que quiere de cierta compatibilidad de las figuras, en el sentido de que no es sostenible la absoluta incompatibilidad de la totalidad de lo dispuesto en el Título VI, del Libro I del Código Civil, relativo a los alimentos entre parientes, respecto de los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en el contenido de la patria potestad, ya fue apreciada por esta Sala en la *Sentencia de 5 de octubre de 1993* (núm. 536/1991), siguiéndose idéntico criterio en la *Sentencia de 3 de octubre de 2008* (núm. 917/2008).

4. Sobre la base de esta razón de compatibilidad cabe plantearse si lo dispuesto para la obligación de alimentos entre parientes respecto del momento para el abono de dicha pensión, esto es, desde la fecha en que se interponga la demanda, artículo 148, párrafo primero del Código Civil , como norma general, resulta aplicable a los supuestos de obligación de alimentos a los hijos. De lo anteriormente expuesto se comprende que el fundamento de la posible respuesta descansa en valorar si la efectividad del derecho a la pensión reclamada judicialmente se integra ya en el núcleo conceptual de la naturaleza propia y diferenciada de la obligación de alimentos de los hijos, o en la esfera de su diferenciación básica, o por el contrario, participa de la caracterización general de la acción de prestar alimentos.

La opción por esta última consideración, conforme al elemento condicional que subyace en este tipo de obligaciones, a la exigencia de intimación al deudor, o a razones prácticas de respuesta a las necesidades presentes y futuras del alimentista, también ha sido resaltada por esta Sala en *sentencias de 8 de abril de 1995* , *5 de octubre de 1995* (núm. 328/1995), *3 de octubre de 2008* (núm. 917/2008), *14 de junio de 2011* (núm. 402/2011) y *26 de octubre de 2011* (núm. 721/2010), destacándose que para la efectividad de este



tipo de obligaciones legales conviene diferenciar entre el tiempo o momento de nacimiento de la obligación, propiamente dicho, y el tiempo o momento de la exigibilidad de dicha obligación, siendo la reclamación judicial el cauce por el que se concreta la prestación debida (cuantía y modo de pago) y su exigibilidad desde la fecha en que se interpuso la demanda.

5. En el marco de este desarrollo doctrinal esta Sala, *septiembre de 14 de junio de 2011* (núm. 402/2011) dictada para la unificación de la doctrina, ya apreció esta razón de compatibilidad derivada de la caracterización de estas acciones en orden a la aplicación del artículo 148, párrafo primero, a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada. Doctrina que, por lo anteriormente señalado, también debe aplicarse como fundamento determinante en la reclamación de alimentos por hijos menores cuya filiación no matrimonial ha resultado declarada.

TERCERO .- Desestimación del recurso y costas.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 398.1 en relación con el 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación, dadas las serias dudas de derecho que presenta el caso en el desenvolvimiento de la doctrina jurisprudencial.

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

FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Saturnino contra la sentencia dictada, con fecha 4 de enero de 2012, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, en el rollo de apelación nº 798/2011 .

2. No ha lugar a casar por los motivos fundamentados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marín Castán, José Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno, Xavier O' Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**, 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.