



Roj: **STS 1796/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1796**

Id Cendoj: **28079110012016100270**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2016**

Nº de Recurso: **1691/2015**

Nº de Resolución: **275/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 3962/2015,**
STS 1796/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 25 de abril de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, el 13 de marzo de 2016, recaída en el rollo de apelación 672/2014, dimanante de los autos de divorcio nº 44/2013 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Parla. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente don Humberto representado por el procurador don José Ramón Pardo Rodríguez. Ha comparecido en calidad de parte recurrida doña Susana, representada por la procuradora doña Paloma Gutiérrez París. 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 Rodríguez Arroyo en nombre y representación de doña Susana formuló demanda de divorcio ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer cuyo suplico es como sigue:

«...acuerde conforme a derecho decretar la disolución por divorcio del matrimonio formado por doña Susana y don Humberto, con todo lo demás que proceda en derecho, condenando en costas a la parte demandada, adoptándose con carácter definitivo las siguientes medidas:

1.- Divorcio de los cónyuges.

2.- Que se revoquen los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro; cesando la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge a la potestad doméstica.

3.- Pensión Compensatoria a favor de la esposa de &100 Euros &, mensuales con carácter vitalicio.

4.- Que por deseo expreso de doña Susana, se solicita se confirme en su integridad las Medidas Provisionales adoptadas en el Auto de Medidas Provisionales, dictado por este Juzgado en fecha 16 de julio de 2013, y notificado el 18 de julio del mismo.»

2.- Por Decreto de 18 de septiembre de 2013, se admitió a trámite la demanda, acordando dar traslado a las partes.

3.- Don Humberto no contestó a la demanda, por lo que fue declarado en situación de rebeldía procesal.

4.- El 12 de junio de 2013 tuvo lugar la vista, compareciendo ambas partes. En el acto del juicio se practicaron las pruebas que se consideraron pertinentes con el resultado obrante en autos.



5.- El Juzgado dictó sentencia el 28 de enero de 2014 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Que ESTIMANDO PARCIALMENTE COMO ESTIMO la demanda formulada por el procurador Sra. Rodríguez Arroyo en representación de doña Susana , y de la otra como demandado don Humberto , en situación procesal de rebeldía en éstos autos, debo declarar y declaro disuelto por causa de DIVORCIO el matrimonio formado por doña Susana y don Humberto , con todos los efectos legales inherentes , y con adopción de las siguientes MEDIDAS:

1°. Se atribuye la guarda y custodia de la hija menor Celia , nacida el día NUM000 de 2.012 a la madre doña Susana y sin perjuicio de que la patria potestad en relación a la misma sea compartida por ambos progenitores y ello implica la participación de los dos en cuantas decisiones relevantes afecten a sus hijos, especialmente, en el ámbito educativo, sanitario, religioso y social. Por ello, ambos deberán intervenir necesariamente en la elección o cambio de centro o modelo educativo (público o privado) o actividades extraescolares a realizar (deportivas, formativas o lúdicas y en general todas aquellas que constituyen gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos cónyuges); en la autorización de cualquier intervención médica, preventiva, curativa o quirúrgica incluidas las estéticas (salvo casos de urgente necesidad), tratamiento médico no banal o tratamiento psicológico, tanto si entraña algún gasto como si está cubierto por el sistema público de sanidad o por algún seguro privado, siempre que no sea suficiente el mero consentimiento de los menores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica y a la realización por los menores de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión así como en la decisión sobre la realización o no de un acto social relevante y el modo de llevarlo a cabo, sin que al respecto tenga prioridad el progenitor con quién se encontraran los menores en el momento de ser realizado; en la fijación y posteriores traslados de domicilio, siempre que el mismo sea relevante, en el sentido de dificultar o impedir el cumplimiento del régimen de visitas vigente y/ o apartarlos de su entorno habitual. En defecto de acuerdo, deberá someterse la decisión a la autoridad judicial correspondiente

2°. En cuanto al régimen de visitas de don Humberto con su hija menor se establece el siguiente: Las visitas de don Humberto con su hija Celia tendrán lugar inicialmente los miércoles, viernes y domingos de cada semana, bajo supervisión, dos horas, en horario a determinar por el citado PEF.

Transcurridos seis meses, y salvo informe en contrario del PEF en el sentido de no ser beneficioso para la menor, las visitas se desarrollarán durante otros tres meses sin supervisión los mismos días y horarios, es decir durante dos horas los miércoles, viernes y domingos en dicho PEF.

Transcurrido ese plazo y hasta que la niña cumpla tres años de edad don Humberto tendrá derecho a estar y pasar en compañía de la niña dos días a la semana, que en defecto de acuerdo serán los martes y jueves, dos horas, en horario a fijar entre los progenitores y que a falta de acuerdo será desde las 17 horas hasta las 19 horas.

Además tendrá derecho a verla los sábados y domingos de fines de semanas alternos, en horario a fijar entre los progenitores y que a falta de acuerdo será desde las 17 horas hasta las 20 horas.

En tanto esté en vigor entre los progenitores una prohibición de comunicación y/o aproximación las entregas y recogidas de la menor se realizarán por tercero designado por el padre.

A partir de que la menor cumpla tres años de edad y hasta que cumpla cinco años podrá el padre estar y pasar en compañía de su hija fines de semana alternos los sábados desde las 12 horas hasta las 19 horas y los domingos en igual horario, por tanto sin pernocta.

Además tendrá derecho a estar y pasar en compañía de la niña dos días a la semana, que en defecto de acuerdo serán los martes y jueves, dos horas, desde las 17 a las 19 horas, salvo acuerdo en otro sentido en cuanto al horario.

En tanto esté en vigor entre los progenitores una prohibición de comunicación y/o aproximación las entregas y recogidas de la menor se realizarán a través de familiar /persona de confianza designado por el padre

Una vez la niña cumpla cinco años hasta los seis años la menor tendrá derecho a estar y pasar en compañía de su padre fines de semana alternos desde los viernes a la salida del colegio (o las 17 horas de ser festivo), hasta las 20 horas el domingo ,debiendo verificarse las entregas y recogidas en el domicilio materno, por familiar/ amigo de confianza designado por el padre durante el tiempo de vigencia de la orden de alejamiento acordada como medida cautelar o en su caso como pena en sentencia.

Además tendrá derecho a estar y pasar en compañía de la niña dos días a la semana, que en defecto de acuerdo serán los martes y jueves, dos horas, desde las 17 a las 19 horas, salvo acuerdo en otro sentido en cuanto al horario.



Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior a un fin de semana se considerará ese período agregado al fin de semana y en consecuencia procederá la estancia con el progenitor al que corresponda el fin de semana.

Una vez la niña cumpla seis años de edad la menor tendrá derecho a estar y pasar en compañía de su padre fines de semana alternos desde los viernes a la salida del colegio (o las 17 horas de ser festivo), hasta las 20 horas el domingo, debiendo verificarse las entregas y recogidas en el domicilio materno ,por familiar de confianza de los progenitores durante el tiempo de vigencia de la orden de alejamiento acordada como medida cautelar o en su caso como pena en sentencia.

Además tendrá derecho a estar y pasar en compañía de la niña dos días a la semana, que en defecto de acuerdo serán los martes y jueves , dos horas, desde las 17 a las 19 horas, salvo acuerdo en otro sentido en cuanto al horario.

Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior a un fin de semana se considerará ese período agregado al fin de semana y en consecuencia procederá la estancia con el progenitor al que corresponda el fin de semana.

Durante las vacaciones escolares de verano la menor pasará un mes con el padre, quedando al acuerdo de los cónyuges la elección del período concreto de disfrute que le corresponda a cada uno y a falta de acuerdo corresponderá al padre la elección del período de disfrute durante los años impares y a la madre los pares.

Durante las vacaciones escolares de Navidad la menor pasará la mitad con el padre, quedando al acuerdo de los cónyuges la elección del período concreto de disfrute que le corresponda a cada uno y a falta de acuerdo corresponderá al padre la elección del período de disfrute durante los años impares y a la madre los pares.

Se establecen dos períodos siendo el primero desde las 12 horas del día siguiente al día de comienzo de las vacaciones escolares hasta el 30 diciembre a las 20 horas y el segundo período desde las 20 horas del día 30 de diciembre hasta las 19 horas del día anterior al comienzo de la actividad escolar y así alternativamente.

Las vacaciones escolares de Semana Santa las pasará la menor un año con cada progenitor, eligiendo en caso de desacuerdo el padre los años impares y la madre los pares.

En todos los supuestos anteriores la elección del período de disfrute por aquel al que corresponda habrá de ser comunicado al otro progenitor con al menos quince días de antelación al día de su inicio.

Durante los períodos de estancias prolongadas de los menores con uno de los progenitores (vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa) queda en suspenso el régimen de visitas de fin de semana.

Las comunicaciones serán siempre permitidas por teléfono, email, carta, etc y en caso de enfermedad u otra causa grave será informado el otro progenitor urgentemente.

4°. En lo relativo a la pensión de alimentos a satisfacer por don Humberto a su hija menor se fija en la cantidad mensual de 125 euros mensuales, CIENTO VEINTICINCO EUROS MENSUALES , cantidad que habrá de ser satisfecha, en doce mensualidades, los cinco primeros días de cada mes en la c/c que a tal efecto designe doña Susana . Dicha cantidad se revisará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC a partir del primer año de vigencia de esta sentencia.

Los gastos extraordinarios respecto del menor serán satisfechos al 50% por ambos progenitores previa justificación y acreditación de su pago por aquel que lo haya satisfecho en los términos previstos en el artículo 776. 4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

5°. No ha lugar a reconocer a doña Susana derecho a percibir pensión compensatoria a cargo de don Humberto ,y todo lo anterior sin que haya lugar a hacer expresa imposición de costas.

3°. En cuanto al uso y disfrute del que fuera domicilio familiar, se atribuye a la menor, por considerarse el interés más necesitado de protección y por tanto al progenitor custodio , a la madre doña Susana .»

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- La representación procesal de don Humberto , interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución correspondiendo su tramitación a la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 13 de marzo de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por don Humberto contra la Sentencia dictada, en fecha 28 de enero de 2014, por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de los de Parla , en procedimiento de divorcio seguido, bajo el nº44/2013, entre dicho litigante y doña Susana , debemos revocar y revocamos en parte el pronunciamiento que, sobre régimen de visitas, se recoge en dicha resolución, y ello



en el sentido de que, una vez que la niña cumpla los tres años de edad, las estancias de la misma en el entorno paterno comprenderán, además de dos tardes entre semana, fines de semana alternos con pernocta y períodos vacacionales, en los términos fijados en dicha resolución a partir de que la menor cumpliera los seis años.»

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación.

1.- El procurador don José Ramón Pardo Rodríguez en nombre y representación de don Humberto interpuso recurso de casación contra la anterior resolución, con base en dos motivos.

Motivo primero: se cita como precepto legal infringido el artículo 146 del Código Civil .

Motivo segundo: se citan como preceptos legales infringidos los artículos 14 y 39.2 de la CE .

2.- La Sala dictó auto el 4 de noviembre de 2015 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Humberto contra la Sentencia dictada con fecha 13 de marzo de 2015, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª), en el rollo de apelación nº 672/2014 , dimanante de los autos de divorcio contencioso nº 44/2013 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Parla.

2º) De conformidad y a los fines dispuestos en el artículo 485 LEC , entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría y transcurrido dicho plazo, a los mismos fines, dese traslado de las actuaciones al MINISTERIO FISCAL.»

3.- El Ministerio Fiscal en su informe, solicitó la desestimación del recurso de casación, al considerar la inexistencia de interés casacional.

4.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de doña Susana formuló oposición al recurso interpuesto de contrario.

5.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 12 de abril de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los siguientes:

1.- Doña Susana interpuso demanda de juicio de divorcio contencioso contra don Humberto , en la que además de solicitar el divorcio entre los cónyuges, solicita como medidas la atribución de la guarda y custodia de la hija menor a la madre con el ejercicio compartido de la patria potestad, el establecimiento de un régimen de visitas en favor del padre, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a la menor, el abono de una pensión de alimentos en favor de la hija y el abono de una pensión compensatoria a la esposa.

2.- La parte demandada no se personó tras el oportuno emplazamiento siendo declarado en rebeldía. Si se contestó a la demanda por el Ministerio Fiscal.

3.- La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y tras declarar el divorcio, en lo que aquí interesa fija una pensión de alimentos a cargo del padre en la suma de 125 euros.

4.- Dicha resolución señala que el demandado percibe una pensión por incapacidad de 353 euros al mes y ha de pagar los gastos de alquiler de una habitación. Añade que la parte demandante se encuentra desempleada cobrando una prestación por subsidio con la que ha de atender a las necesidades de su hija. Atendido lo expuesto y valorando la necesidades de la menor fija el importe de la pensión de alimentos en favor de la hija en la suma de 125 euros.

5.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, don Humberto , impugnando dos medidas, la relativa al régimen de visitas de la menor y la relativa a la pensión de alimentos de la hija menor, estimando que la misma debe establecerse en la suma de 50 euros habida cuenta que esa es la pensión de alimentos que abona por cada una de las dos hijas habidas en una relación anterior.

6.- Correspondió conocer del recurso de apelación a la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 13 de marzo de 2015 por la que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia de primera instancia en lo relativo al régimen de visitas.



7.- Respecto de la pensión alimenticia de la menor la sentencia recurrida argumenta que la suma fijada en la resolución impugnada apenas cubre la mitad de las necesidades básicas y de elemental previsión que puede generar una niña de la edad de Fina, en el entorno socio-económico en que la misma se desenvuelve.

Añade que el recurrente expone que sus recursos económicos proceden de una pensión de incapacidad de 350 € al mes, con la que tiene que hacer frente a los gastos de su alojamiento (200 € al mes) y a la pensión alimenticia fijada en pro de otros hijos habidos de una anterior relación (100 € mensuales), por lo que sólo puede ofrecer 50 € para atender a las necesidades de la hija común.

La sentencia recurrida afirma, confirmando la argumentación de la contraparte, que el anterior planteamiento pone de manifiesto que el recurrente ha de disponer de otros medios económicos, ocultados en su exposición, con los que cubrir sus necesidades básicas de alimentación, vestido y transporte.

Partiendo de tal presunción y del dato de que la actora es beneficiaria del subsidio de desempleo, sin que disfrute de una situación económica que le permita cubrir de modo autónomo los gastos básicos de la hija, sin la ayuda del otro progenitor, concluye que el pronunciamiento impugnado no vulnera por exceso los parámetros legales sino que armoniza los intereses en juego, en un equilibrio siempre difícil.

8.- La representación procesal del demandado ha interpuesto recurso de casación contra la anterior sentencia por el cauce previsto en el ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, que lo articula en dos motivos:

(i) En el motivo primero se cita como precepto legal infringido el artículo 146 del Código Civil.

(ii) En el motivo segundo se citan como preceptos legales infringidos los artículos 14 y 39.2 de la CE.

Alega la parte recurrente la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, citando como infringida la Sentencia de esta Sala de fecha 18 de mayo de 2001 y las que en ella se citan, relativas al juicio de proporcionalidad en la fijación de la cuantía de la pensión de alimentos y el principio de igualdad en materia de alimentos.

Añade la parte recurrente que tal doctrina ha sido vulnerada por la sentencia recurrida por cuando se infringe el principio de proporcionalidad a la hora de fijar el importe de la pensión alimenticia en tanto que percibiendo una pensión por incapacidad de 353 euros al mes, teniendo como gasto el alquiler de una habitación, 200 euros y pagando 100 euros por la pensión de alimentos de dos hijas habidas en una relación anterior la suma de 125 euros fijada como importe de la pensión resulta claramente desproporcionada, máxime cuando por sus otras dos hijas habidas en una relación anterior satisface una pensión de 50 euros por cada una de ellas, solicitando por ello que la pensión de alimentos se fije en la suma de 50 euros.

9.- La Sala dictó auto el 4 de noviembre de 2015 admitiendo el recurso de casación y, tras el oportuno traslado, fue impugnado por la parte recurrida.

10.- El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso por no haber vulnerado la sentencia recurrida, de modo palmario, el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- Decisión de la Sala.

1.- En la sentencia de 12 de febrero de 2015 se decía que se ha de predicar un tratamiento 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».

Se añadía que: «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. 24 19/2013)... 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».

Insistía en ello la sentencia de 2 de marzo de 2015.

2.- Si se aplica la citada doctrina al presente caso se aprecia que la sentencia recurrida no la ha conculcado, pues, aún partiendo de la precariedad económica de los progenitores y del equilibrio de intereses, siempre difícil, que se debe buscar, se acoge al criterio de que, «ante la más mínima presunción de ingresos cualquiera que sea su origen y circunstancias», se ha de fijar un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutirles



más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, aún a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante. Es cierto que esta Sala (SSTS de 2 marzo de 2015 y 10 de julio de 2015) declara que la falta de medios determina otro mínimo vital, que es el del alimentante, con soluciones a decidir acudiendo a aquellas personas que por disposición legal están obligadas a prestar alimentos (artículo 142 y siguientes CC) o a servicios sociales de las Administraciones públicas, pero, sin embargo, ello no es el supuesto aquí enjuiciado en el que el Tribunal de apelación acude a la presunción de ganancias a la hora de fijar el juicio de proporcionalidad.

El motivo se desestima.

TERCERO.- Conforme a lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC ., procede, por desestimarse el recurso de casación, imponer a la parte recurrente las costas del mismo.

FALLO

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

1.º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por don Humberto representado por el procurador don José Ramón Pardo Rodríguez, contra la sentencia dictada por la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, el 13 de marzo de 2016, recaída en el rollo de apelación 672/2014 , dimanante de los autos de divorcio nº 44/2013 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Parla. **2.º.**- Confirmar la sentencia recurrida declarando su firmeza. **3.º.**- Imponer a la parte recurrente las costas del recurso de casación

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

Así se acuerda y firma. Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz Fernando Pantaleon Prieto Xavier O'Callaghan Muñoz