



Roj: **STS 3024/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3024**

Id Cendoj: **28079110012017100454**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2017**

Nº de Recurso: **3745/2016**

Nº de Resolución: **484/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 2030/2016,**
STS 3024/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 3 de septiembre de 2016 dictada en recurso de apelación núm. 256/2015, de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, dimanante de autos de juicio de medidas relativas a la guarda custodia y reclamación de alimentos de menores núm. 248/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Muros; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por doña *Santiago*, representada por el procurador don Álvaro Ignacio García Gómez, bajo la dirección letrada de doña María del Pilar Piñeiro Figueiras; siendo parte recurrida don Cayetano, representado por la Procuradora doña María Lourdes Amasio Díaz, bajo la dirección letrada de doña María Victoria de Gil Pérez. Con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1. El Procurador de los Tribunales don Pedro Antonio Fernández Lestón, en nombre y representación de don Cayetano, interpuso demanda en solicitud de guarda, custodia y alimentos de hijos menores de edad contra doña *Santiago*, ante el Juzgado de Primera Instancia de Muros, suplicando al Juzgado dictase sentencia:

«...por la que, estimándola íntegramente, acuerde la adopción de las siguientes medidas:

»a - Otorgue y conceda la guarda y custodia de las dos menores, Eulalia y Luisa, a su padre, Don Cayetano, con quien convivirán, ostentando ambos progenitores la patria potestad, fijando a favor de la madre un régimen de visitas consistente en tres horas los sábados alternos, que se desarrollarán dentro del término municipal de Outes.

»b - Doña *Santiago* deberá abonar a mi mandante, desde la fecha de interposición de esta demanda, en concepto de alimentos para sus dos hijas, la cantidad de SEISCIENTOS EUROS MENSUALES (600 euros), a razón de trescientos euros por cada una de ellas, a pagar por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que se designe, cantidad que será actualizada anualmente conforme al IPC.

»c - Los gastos extraordinarios de las hijas de demandante y demandada serán sufragados por ambos por mitad e iguales partes.

»Con expresa imposición de costas a la demandada.»



2. Por decreto de 9 de septiembre de 2014 se admitió a trámite la demanda, acordando dar traslado de la misma a las partes y al Ministerio Fiscal.
3. El Ministerio Fiscal contestó a la demanda, interesando se dictase Sentencia según el resultado de las pruebas practicadas.
4. Por diligencia de ordenación de fecha 17 de noviembre de 2014, se acordó declarar en rebeldía a la demandada Santiago .
5. El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Muros, dictó sentencia el 19 de enero de 2015 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda formulada por D. Cayetano contra D^a. Santiago , con la adopción de las medidas siguientes:

»- Se atribuye la guarda y custodia de la menor Luisa al padre, con quien convivirán, ostentando ambos progenitores la patria potestad.

»- Se establece el siguiente régimen de visitas a favor de la madre: D^a. Santiago podrá estar en compañía de su hija menor Luisa los sábados alternos durante tres horas dentro del término municipal de Outes.

»- La madre abonará la cantidad de 300 euros mensuales a favor de sus hijas (150 euros por cada una), como pensión de alimentos. Dicha cantidad se abonará dentro de los cinco primeros días del mes en la cuenta corriente o libreta de ahorros que el demandante designe al efecto y se revalorizará en enero de cada año conforme al IPC que publique el INE u organismo que legalmente le sustituya.

»- Ambos padre al 50% los gastos extraordinarios que en atención a sus hijas se produzcan. Se considerarán extraordinarios los gastos médicos no cubiertos por la seguridad social, matrículas universitarias y libros de texto que han de adquirir en septiembre de cada año para el inicio de la actividad académica, las actividades extraescolares y los campamentos de verano que previamente ambos padres acuerden. A tal fin el progenitor custodio deberá comunicar el gasto correspondiente al progenitor no custodio y justificarlo documentalmente al objeto de que aquel pueda cumplir con la obligación que aquí se le impone.

»- No hacer especial pronunciamiento en materia de costas.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia .*

6. Contra la anterior sentencia, la representación procesal de la demandada, interpuso recurso de apelación, correspondiendo su resolución a la sección quinta de la Audiencia Provincial de La Coruña, que dictó sentencia el 13 de septiembre de 2016 con el siguiente fallo:

«Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por doña Cristina Pedrosa Candamo en representación de doña Santiago contra la sentencia de 19 de enero de 2015 (procedimiento 248/2014), debemos confirmar la referida resolución a excepción de los pronunciamientos sobre el abono de la pensión de alimentos y el pago de los gastos extraordinarios, que son sustituidos por los siguientes:

»"La madre abonará la cantidad de 100 ? mensuales a favor de su hija Luisa como pensión de alimentos. Dicha cantidad se abonará dentro de los cinco primeros días del mes en la cuenta corriente o libreta de ahorros que el demandante designe al efecto y se revalorizará en enero de cada año conforme al IPC que publique el INE u organismo que legalmente le sustituya".

»"Ambos padres al 50% los gastos extraordinarios que en atención a su hija Luisa se produzcan."

»Además, en cuanto a las costas causadas, tanto en la apelación como en la instancia, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.»

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

7. La representación procesal de doña Santiago , interpuso recurso de casación contra la anterior resolución dictada por la sección quinta de la Audiencia Provincial La Coruña, recurso de casación ante la mencionada Audiencia con base en el siguiente motivo:

Único.- Al amparo de lo dispuesto en el número 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC , por vulneración de los artículos 146 y 152.2 del Código Civil , en relación con el artículo 93 del mismo cuerpo legal .

- 8 . Por diligencia de ordenación de 17 de noviembre de 2016, se tuvo por interpuesto el recurso acordándose la remisión de los Autos a esta Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes para comparecer, así como del Ministerio Fiscal.



9. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente doña Santiago y como parte recurrida don Cayetano, ambos representados por sus respectivos Procuradores ya citados anteriormente.

10. Esta Sala dictó Auto el 22 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva dice:

«(...) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Santiago contra la sentencia dictada, con fecha 13 de septiembre de 2016, por la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 5.^a), en el rollo de apelación n.º 256/2015, dimanante de los autos de juicio de guarda y custodia n.º 248/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Muros.»

11. Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido a la representación de don Cayetano, manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

12. El Ministerio Fiscal interesó,

«...se case la sentencia recurrida dictada por la Sección 5.^a de la AP de La Coruña en fecha 13/09/2016, y se dicte otra en la que se acuerde la suspensión de la obligación del pago de la pensión alimenticia fijada a cargo de la recurrente Doña Santiago y a favor de su hija menor Luisa, hasta que la obligada al pago obtenga algún ingreso con el que poder reanudar su obligación alimenticia.»

13. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo del recurso el día 12 de julio 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 aquí recurrido interpuso demanda de regulación de relaciones paterno filiales frente a la recurrente, en relación con dos hijas comunes, una menor de edad y la otra mayor de edad.

Declarada en situación de rebeldía la demandada, se dictó sentencia en primera instancia en fecha 19 de enero de 2015, y se acordó la guarda y custodia de la hija menor de edad a favor del padre (nacida en NUM000 de 1999), régimen de visitas a favor de la madre, y la obligación a cargo de esta de abonar una pensión de alimentos a cada hija, de 150 euros mensuales, así como la mitad de los gastos extraordinarios.

2.- Interpuesto recurso de apelación por la aquí recurrente, solicita con carácter principal la nulidad de las actuaciones, por grave defecto en la forma de comunicación con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y subsidiariamente recurre la fijación de la cuantía de la pensión de alimentos.

En relación al primer extremo relata la apelante que no tuvo conocimiento de la celebración del proceso en el que fue demandada, sin que se agotaran las posibilidades de averiguación domiciliaria y notificación personal que ofrece la ley, al acudir a la notificación edictal tras un único y defectuoso intento de notificación personal.

Subsidiariamente impugna la fijación de la pensión de alimentos a su cargo, por importe de 150 euros para cada una de sus hijas, alegando primero, que es portuguesa, su falta elemental de formación, su gran dificultad de comunicación en español, ausencia de lazos familiares y afectivos en España y en definitiva su situación de absoluto desarraigo económico y social. Relata que se vio forzada a abandonar el hogar familiar por las disputas y malas relaciones. Que como resulta de la consulta efectuada en autos, carece de ingreso alguno, estando comprometida su propia subsistencia. Relata que hasta ahora ha estado viviendo en el domicilio de una anciana que le facilitaba techo y comida a cambio de cuidados, pero dicha persona ha sido trasladada a un centro de día, y se encuentra en situación de total desamparo, siendo usuaria del programa de ayuda de la Cruz Roja Española en Lugo, a donde se ha desplazado, al ser más barato vivir en dicha localidad. Que las manifestaciones realizadas de contrario sobre el recibo de ciertas remuneraciones por el cuidado de ancianos, no son ciertas, y no pudieron ser probadas. Igualmente explica que el aquí recurrido vive, con las menores, con su madre en la casa que es propiedad de esta última, y viven de su pensión, que ronda los mil euros mensuales. En consecuencia explica que la carencia absoluta de medios le impide abonar incluso un mínimo vital. Añade que además el importe de la pensión impuesta no se ajusta a las necesidades de las hijas, pues las dos tienen la necesidad de los alimentos y de vivienda cubierta, gracias a la abuela, madre del padre. Mediante otrosí solicitó la práctica de la prueba consistente en i) librar oficio a la Cruz Roja Española de Lugo, para que la Sra. Concepción informe sobre la situación de absoluta carencia de medios de la apelante, ii) a los servicios sociales del Ayuntamiento de Santiago de Compostela, para que informe sobre la asistencia prestada a la apelante tanto en el año 2001, como en 2014 y 2015 y iii) a los servicios sociales del Ayuntamiento de Outes para que informe sobre la asistencia prestada a la apelante y las circunstancias que motivaron la asistencia.



3.- Por la Audiencia Provincial se admitieron las pruebas propuestas por la apelante, mediante Auto de fecha 1 de julio de 2015.

Obrante al folio 44 del rollo de la Audiencia Provincial, consta el informe de Cruz Roja, de fecha 7 de diciembre de 2015, donde expresamente se dice que en fecha 3 de agosto de 2015 se la incluyó en el proyecto de atención a personas en situación de extrema vulnerabilidad, recibiendo ayuda alimentaria en dos ocasiones, y en la misma fecha se la incluye en el proyecto de atención a las personas sin hogar, con apoyo social, ayuda para el pago de medicamentos y acudiendo a Cruz Roja habitualmente para desayunar, que desde el mes de octubre de 2015 percibe el RISGA, y desde noviembre vive en una habitación de alquiler (constan otros dos informes en gallego).

4.- Mediante sentencia dictada el 13 de septiembre de 2016, la Audiencia Provincial acoge parcialmente el recurso.

Y en cuanto a la primera solicitud de nulidad de actuaciones, resuelve que en atención a las circunstancias concurrentes no procede la nulidad, pues la prueba solicitada a través del otrosí de su recurso de apelación se admitió y practicó, a lo que añade que el centro del recurso lo es la petición de suspender la obligación de pagar la pensión de alimentos por carencia absoluta de medios hasta que mejore su situación, lo que puede resolverse por el tribunal; por último alega la intervención del Ministerio Fiscal en la primera instancia, por lo que en definitiva no hay indefensión.

Entrando en la segunda solicitud, relata la situación del demandante (aquí recurrido), como perceptor de una pensión mensual de 426 euros, que él y las hijas viven con la abuela paterna y que la hija mayor, cuenta con 20 años y estudia tercero de la ESO.

Teniendo en cuenta estas circunstancias acuerda rebajar el importe de la pensión de alimentos de la hija menor, a 100 euros mensuales, y mantiene la contribución al 50% de los gastos extraordinarios y anula la pensión impuesta a favor de la hija mayor, tanto en el pronunciamiento relativo a la pensión como de los gastos extraordinarios.

Se apoya: i) en la precariedad de la apelante que pudo mantenerse gracias a las organizaciones de beneficencia, ii) según la educadora familiar de Santiago de Compostela, la apelante en el año 2014, estaba viviendo en la calle, lo que confirma la educadora familiar del Concello de Outes. Por otro lado, refiere la sentencia, que las hijas viven con su padre, en casa de la abuela paterna, que también les proporciona alimento, y finalmente que Eulalia ya es mayor de edad.

5.- Interpuesto recurso de casación, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, alega un único motivo, y se apoya en la infracción de los arts. 146, 152 y 93 del Código Civil y doctrina contenida en STS de 18 de marzo de 2016, que a su vez cita la de 2 de marzo de 2015. Y solicita la procedencia de suspender la obligación del pago de pensión de alimentos de la hija menor de edad, hasta que mejoren las condiciones económicas, ante su situación de precariedad.

6.- La sala dictó auto el 22 de marzo de 2017 por el que acordó admitir el recurso de casación y, previo el oportuno traslado, la parte recurrida presentó escrito de oposición al recurso.

7.- El Ministerio Fiscal se muestra conforme con el recurso de casación interpuesto e interesa que se acuerde la suspensión de la obligación de pago de la pensión alimenticia fijada a cargo de la recurrente Doña Santiago a favor de su hija menor Luisa, hasta que la obligada al pago obtenga algún ingreso con el que poder reanudar su obligación alimenticia.

Argumenta, en apoyo de su tesis, que estamos ante un caso de pobreza absoluta.

SEGUNDO.- *Decisión de la Sala.*

La sentencia 184/2016, de 18 de marzo, en que se apoya la parte recurrente, establece, en efecto, un cuerpo de doctrina para supuestos de esta naturaleza.

Se pronuncia en los siguientes términos:

1.- La sentencia de 17 de febrero de 2015, Rc. 2899/2013 contiene las siguientes declaraciones: i) 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, 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). ii) 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.

2.- Tal doctrina se reiteró en la sentencia de 2 de marzo de 2015, Rc. 735/2014 , en la que recoge que:

«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.»

3.- En esta línea jurisprudencial se ha venido pronunciando la Sala en sentencias posteriores, como la de 10 de julio de 2015, Rc. 682/2014 ; 15 de julio de 2015, Rc. 1359/2014 y 2 de diciembre de 2015, Rc. 1738/2014 .

TERCERO.- Si se aplica la anterior doctrina al supuesto enjuiciado, con respeto a los hechos probados, cualquier obligación exigible en la actualidad será ilusoria por la pobreza absoluta de la recurrente.

Tal circunstancia, por respeto al orden público y al interés del menor no puede suponer la supresión de la obligación de la madre de prestar alimentos a la hija menor, pero sí su suspensión hasta que se encuentre en condiciones de prestarla para los gastos más imprescindibles de aquella.

Como recogía la sala en la sentencia antes citada «en tales situaciones el derecho de familia poco puede hacer, a salvo las posibilidades que se recogen en las sentencias citadas, debiendo ser las Administraciones públicas a través de servicios sociales las que remedien las situaciones en que tales mínimos no se encuentren cubiertos».

CUARTO.- Conforme a los arts. 394.1 y 398.1 LEC , no procede imponer las costas del recurso.

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la sección quinta de la Audiencia Provincial de La Coruña, de fecha 13 de septiembre de 2016 recaída en el rollo de apelación 256/2015 , dimanante de los autos de familia, guarda custodia y alimentos de hija menor, número 248/2014 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Muros. 2.º- Casar la sentencia recurrida en el sentido de declarar que procede suspender la obligación de la recurrente de prestar alimentos a su hija Luisa , hasta que mejoren las condiciones económicas de aquélla para poder atender los gastos más imprescindibles de la menor. 3.º- No imponer a la parte recurrente las costas del recurso. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.