

Roj: STS 1288/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1288
Id Cendoj: 28079110012016100179
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2541/2014
Nº de Resolución: 184/2016
Procedimiento: Casación
Ponente: EDUARDO BAENA RUIZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Marzo de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 8 de julio de 2014 recaída en el rollo de apelación 329/2013, dimanante de los autos de divorcio contencioso 262/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Granadilla de Abona.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente don Diego, representado por la procuradora doña María Teresa de Donesteve y Velázquez Gaztelu.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida doña Esperanza, representada por la procuradora doña María Villegas Ruiz.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora de los Tribunales doña Candelaria Rodríguez Alayón, en nombre y representación de doña Esperanza, formuló demanda de divorcio contra don Diego suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que:

«...por formulada demanda de divorcio contra don Diego, a quien deberá dársele traslado de la copia y documentos y previos los trámites legales, junto con la preceptiva audiencia del Ministerio fiscal, se dicte en su día sentencia por la que declare el divorcio de los cónyuges, acordando la inscripción de la resolución en el Registro civil y adopción como medias definitivas las acordadas en los autos de medidas provisionales previas a la demanda nº 32/12 por Auto de 22 de marzo de 2012 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Granadilla de Abona.»

2.- Por Decreto de 16 de mayo de 2012 se admitió a trámite la demanda de divorcio, dando traslado a las partes, compareciendo don Diego, representado por la procuradora doña Amparo Duque Martín de Oliva. El suplico de la contestación es como sigue:

«SUPLICO AL JUZGADO que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo; unirlo a los Autos de su razón, tener por contestada la demanda mostrándonos conformes con la Declaración de DIVORCIO y por opuesto a las medidas solicitadas en ella con base en las alegaciones y aclaraciones hechas en el cuerpo de este escrito y, previo traslado al Ministerio Fiscal y los demás trámites de rigor procesal, se dicte en su día Sentencia que declare el DIVORCIO del matrimonio formado por DON Diego y DOÑA Esperanza, acordando como medidas definitivas las siguientes:

1) DECRETADO EL DIVORCIO Los esposos residirán en distintos domicilios, como hasta ahora y sin interferirse mutuamente en la vida y actividad del otro y revocación de los poderes

2) DOMICILIO FAMILIAR no procede atribución de uso y disfrute por tratarse de una vivienda que ya han abandonado ambos cónyuges

3) GUARDA CUSTODIA y PATRIA POTESTAD se atribuye la guarda y custodia del hijo menor de edad habido del matrimonio a la madre siendo la patria potestad compartida

4) PENSIÓN DE ALIMENTOS El padre abonará en concepto de Pensión de Alimentos la cantidad de TREINTA EUROS (30,00 €) mensuales pagaderos entre los días 1 y 5 de cada mes cantidad que será revalorizable conforme al IPC. Los gastos extraordinarios se abonarán al 50% por cada progenitor

5) RÉGIMEN DE VISITAS: El régimen de visitas será el mismo que se acordó el Auto de fecha 22 de marzo de 2012 dictado por ese Juzgado en el procedimiento de Medidas Provisionales Previas a la Demanda 32/2012 salvo en lo referente a las vacaciones estivales que quedarán de la siguiente manera:

Las vacaciones estivales se dividirán en dos períodos:

Desde la finalización del curso escolar hasta el día 31 de julio de cada año a las 19:00 horas

Desde el día 31 de julio de cada año a las 19:00 horas hasta el día que comiencen las clases

Elegirá, en caso de desacuerdo la madre los años pares el período de vacaciones que quiera estar con el menor y el padre elegirá los años impares.»

3.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Granadilla de Abona, dictó sentencia el 5 de octubre de 2012 con la siguiente parte dispositiva:

«Se estima la demanda de divorcio interpuesta por la Procuradora Dña. Candelaria Rodríguez Alayón, en nombre y representación de Dña. Esperanza contra D. Diego representado por el Procurador Dña. Amparo Duque Martín de Oliva, y se declara disuelto por causa de divorcio el matrimonio celebrado el día 19 de Diciembre de 2008 formado por los anteriores con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración y se adoptan los siguientes pronunciamientos:

1.- Que la Patria Potestad la ostenten ambos progenitores

2°. - Que la guarda y custodia se atribuya la madre.

3°. - El padre tendrá derecho a tener a su hijo en su compañía los fines de semana alternos desde el viernes a 17.00 horas a las 17.00 horas del domingo, verificándose la entrega y recogida del menor en el domicilio materno a través de una tercera persona.

En las vacaciones de Navidad tendrá el niño el padre desde el 23 de diciembre de los años pares hasta el 31 de diciembre a las 20.00 horas y desde las 20.00 horas el 31 de diciembre hasta la reanudación del curso escolar en los años impares, debiéndolo reintegrar al domicilio familiar en el horario indicado anteriormente, eligiendo el padre en los años impares y la madre en los años pares.

En Semana Santa y Carnaval el menor pasara la mitad de dichos periodos con su padre y la otra mitad con su madre, iniciándose el primer periodo el día siguiente a aquél en que finalicen las clases, concluyendo al medio día del día que constituya la mitad del periodo vacacional. El segundo periodo comenzará en ese mismo día y, finalizará el día inmediatamente anterior al que comience la actividad escolar.

Durante las vacaciones estivales, el padre elegirá en los años impares y la madre en los años pares estableciéndose por quincenas el periodo vacacional de manera que:

Del 1 de Julio a 10.00 horas al 15 de Julio a la misma hora y del 1 de Agosto a las 10.00 horas hasta el día 15 de Agosto a la misma hora.

Del 16 de Julio a las 10.00 horas al 31 de Julio a la misma hora y del 16 de Agosto a las 10.00 horas al 31 de Agosto a la misma hora.

4°. - Sin perjuicio de lo que resulte en el pleito principal, se establece la obligación del esposo de abonar la cantidad de 63 euros mensuales en concepto de alimentos a favor del menor, más el 50% de los gastos extraordinarios que genere la educación, crianza o instrucción del menor y que deberán ser ingresados dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto designe la esposa y que serán anualmente actualizables en función de las variaciones que experimente el I.P.C. o el índice que le sustituya.

Se establece la obligación de facilitar la libre comunicación con el menor siempre y cuando se produzca en horas prudentes.»

4.- La representación procesal de doña Esperanza, solicitó la aclaración de la anterior resolución por lo que el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Granadilla de Abona dictó Auto el 30 de enero de 2013 con la siguiente parte dispositiva

«- Que debo aclarar y aclaro el punto 4 del fallo de la sentencia de 6 de octubre de 2012 en el sentido de donde dice "sin perjuicio de lo que resulte en el pleito principal, se establece la obligación del esposo de abonar la cantidad de 63 euros mensuales en concepto de alimentos a favor del menor, más el 50% de los gastos extraordinarios que genere la educación, crianza o instrucción del menor y que deberán ser ingresados dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto designe la esposa y que serán anualmente actualizables en función de las variaciones que experimente el I.P.C. o el índice que le sustituya" se diga *"Se establece la obligación del esposo de abonar la cantidad de 63 euros mensuales en concepto de alimentos a favor del menor. más el 50% de los gastos extraordinarios que genere la educación, crianza o instrucción del menor v que deberán ser ingresados dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto designe la esposa v que serán anualmente actualizables en función de las variaciones que experimente el I.P.C. ó el índice que le sustituya "*.

-Que debo aclarar y aclaro el encabezamiento de la sentencia y señalar que en donde dice "Vistos por mí, Dña. Sofía Elena Valdivia López, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Granadilla de Abona, los presentes autos de divorcio contencioso seguidos en este Juzgado con el número 262/2012, a instancias de la Procuradora Dña. Candelaria Rodríguez Alayón, en nombre y representación de Dña. Esperanza y como demandado D. Diego representado por el Procurador Dña. Amparo Duque Martín de Oliva y asistido de la Letrada Dña. María Elena Martínez Concepción, en virtud de las facultades que me confiere la Constitución española y en nombre del Rey, dicto la siguiente sentencia" se deba decir *" Vistos por mí, Dña. Sofía Elena Valdivia López, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Granadilla de Abona, los presentes autos de divorcio contencioso seguidos en este Juzgado con el número 262/2012 a instancias de la Procuradora Dña. Candelaria Rodríguez Alayón, en nombre y representación de Dña. Esperanza y asistida por el Letrado D. Albert Martín Cugno y como demandado D. Diego representado por el Procurador Dña. Amparo Duque Martín de Oliva y asistido de la Letrada Dña. María Elena Martínez Concepción, en virtud de las facultades que me confiere la Constitución española y en nombre del Rey dictó la siguiente sentencia .»*

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia

1.- La representación procesal de doña Esperanza interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo su tramitación a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que dictó sentencia el 8 de julio de 2014 con la siguiente parte dispositiva:

«Estimar íntegramente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Dña. Esperanza, contra la sentencia dictada en el presente procedimiento; revocando parcialmente la sentencia recurrida en el único sentido de establecer que la parte demandada deberá abonar en concepto de pensión de alimentos para su hijo menor la cantidad de 125 euros mensuales a ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que designe la actora y que será anualmente actualizable conforme al IPC o índice que le sustituya, mas abono del 50% de los gastos extraordinarios que genere la educación, crianza o instrucción del menor, manteniéndose los restantes pronunciamientos de la resolución apelada, y sin hacer expreso pronunciamiento sobre las costas del recurso.

Procedase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., si se hubiera constituido.»

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación.

1.- La representación procesal de don Diego, interpuso contra la anterior resolución recurso de casación con base en un único motivo, alegando interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria.

2.- La Sala dictó Auto el 16 de septiembre de 2015 con la siguiente parte dispositiva.

«1.- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Diego contra la sentencia dictada, con fecha 8 de julio de 2014, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 1ª), en el rollo de apelación nº 262/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Granadilla de Abona.»

3.- Dado traslado a las partes, el Ministerio Fiscal en su informe impugnó el recurso de casación interpuesto interesando la confirmación de la sentencia recurrida, con las consecuencias que de ello se deriven.

4.- La representación procesal de doña Esperanza, 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 19 de enero de 2016 en que tuvo lugar. No habiéndose dictado sentencia en el plazo establecido por haberse prolongado su deliberación.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

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

1.- Se interpone demanda en juicio de divorcio contencioso, solicitando la adopción de medidas respecto del hijo menor y pensión alimenticia en la cantidad de 125 € a cargo del padre.

2.- Opuesta la parte demandada, se dicta sentencia en primera instancia decretando el divorcio del matrimonio, concediendo la patria potestad sobre la menor a ambos padres, la guarda y custodia a favor de la madre y se fija la pensión alimenticia a favor de la hija menor y a cargo del padre en 63 € mensuales, en atención a la falta de ingresos de éste, entendiéndose dicha cantidad como el mínimo vital proporcional a los medios de ambos progenitores.

3.- Se dicta sentencia en segunda instancia, estimando el recurso de apelación de la madre, acordando elevar la cuantía de la pensión alimenticia a 125 € mensuales, por entender que es el mínimo vital para garantizar las necesidades del menor, interés prevalente, y ello a pesar de la falta de ingresos del padre.

4.- Ambas sentencias comparten como hechos acreditados que el Sr. Diego percibió subsidio por desempleo hasta el 13 de abril de 2012, pero sin que a la fecha de las sentencias conste que lo perciba, ni preste servicios laborales, así como que vive con su madre y ésta le ayuda en los gastos ordinarios. Así mismo que la esposa no presta servicios laborales fijos, realizando trabajos de limpieza esporádicos como camarera de piso, debiendo asumir el pago del alquiler de 300 euros en donde reside con el hijo común.

La discrepancia se encuentra en que la sentencia de la Audiencia entiende que 63 euros mensuales no dan cobertura al "mínimo vital" y el interés del hijo es prioritario.

5.- Se formula recurso de casación por parte del demandado, en un único motivo en el que se alega interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de audiencias provinciales todo ello en relación con la infracción del principio de proporcionalidad a la hora de señalar la cuantía de los alimentos, debiendo valorarse los ingresos del alimentante a efectos de ajustar la pensión a los mismos. Se citan las SSAP de Asturias, sección 4ª, de 18 de enero de 2013 y de 5 de marzo de 2013 ; de Madrid, sección 24ª, de 19 de mayo de 2010 ; de Zaragoza, sección 2ª, de 28 de febrero de 2012 ; de Córdoba, sección 2ª, de 4 de junio de 2012 y de Murcia, sección 5ª, de 11 de diciembre de 2012 , donde se señalan mínimos vitales inferiores, en atención al caudal de ingresos del alimentante.

SEGUNDO.- *Decisión de la Sala.*

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 .

4.- Acudiendo a la doctrina a que se ha hecho mención y a la penosa situación del mínimo vital de la unidad familiar, resulta ilusorio querer salvar el "mínimo vital" del hijo, pues 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.

5.- Aquí se ha de estar al criterio de proporcionalidad y, por ende, la sentencia recurrida, con fundamento en él, no justifica la mayor pensión alimenticia que fija respecto a la establecida en la primera instancia.

Por ello el motivo debe prosperar.

TERCERO.- Conforme a los artículos 394.1 y 398.1 de la LEC no procede imponer las costas del recurso.

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

FALLAMOS

1.º Estimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 8 de julio de 2014 recaída en el rollo de apelación 329/2013 , dimanante de los autos de divorcio contencioso 262/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Granadilla de Abona.

2.º Casar la sentencia recurrida

3.º En su lugar confirmar la dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Granadilla de Abona el 5 de octubre de 2012, aclarada por Auto de 30 de enero de 2013.

4.º No imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y Rubricado.- **Francisco Marin Castan .- Jose Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller .- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Eduardo Baena Ruiz .-Fernando Pantaleon Prieto .- Xavier O'Callaghan Muñoz.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.