



Roj: **STS 2554/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2554**

Id Cendoj: **28079110012023100912**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/06/2023**

Nº de Recurso: **2128/2022**

Nº de Resolución: **860/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Madrid, Sección 24ª, 25/03/2021 (rec. 1179/2020),  
STS 2554/2023**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 860/2023**

Fecha de sentencia: 01/06/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2128/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/05/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 24.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 2128/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 860/2023**

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 1 de junio de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Gema , representada por el procurador D. Pedro Emilio Serradilla Serrano, bajo la dirección letrada de D. Raúl Tomás López Meseguer, contra la sentencia n.º 313/2021, dictada por la Sección 24.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 1179/2020, dimanante de las actuaciones de guardia, custodia y alimentos juicio ordinario n.º 725/2019, del Juzgado de Primera Instancia n.º 75 de Madrid. Ha sido parte recurrida D. Juan Manuel , no personado en las presentes actuaciones.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Pedro Emilio Serradilla Serrano, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Gema , interpuso demanda sobre guardia, custodia y alimentos contra D. Juan Manuel , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que se acuerden las siguientes medidas definitivas con expresa condena en costas al demandado si se opusiere a ellas:

"1.- SOBRE PATRIA POTESTAD Y GUARDA Y CUSTODIA Y RÉGIMEN DE VISITAS DEL MENOR.-

"Habida cuenta de la actual situación de abandono provocada por el padre, que no mantiene ninguna relación afectiva con el menor (no tiene actualmente comunicaciones, visitas o estancias), solicitamos que la EJERCICIO EXCLUSIVO DE LA PATRIA POTESTAD sea atribuido a mi mandante, siendo DON Juan Manuel , por consiguiente, privado de dicho ejercicio, en defensa del mejor interés del menor.

"RESPECTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA, y habida cuenta que ha sido la madre, quien de hecho la ha venido ostentando desde que naciera el menor, y que el padre no mantiene en la actualidad ninguna relación afectiva con el menor, solicitamos que sea atribuida a mi representada.

"De la misma manera, entendemos que no procede fijar ningún RÉGIMEN DE VISITAS, dado que el padre, hasta el momento, no ha demostrado interés alguno en llevar a cabo ninguna comunicación con su hijo, por lo que en todo caso, si el padre lo solicitara en su momento, que fuera fijado uno alternativo por el Juzgado.

"2.- USO Y DISFRUTE DE LA VIVIENDA FAMILIAR.- Para que se atribuya el uso de la misma, en régimen de alquiler, a DOÑA Gema , junto con el menor, cuya custodia se solicita, fijando el otro progenitor su residencia en otro domicilio distinto, que tenga por conveniencia.

"3.- SOBRE ALIMENTOS.- DON Juan Manuel , entregará a la madre en concepto de alimentos para el hijo menor Augusto , la cantidad de CIENTO OCHENTA EUROS (180,00 €) mensuales. Dicha pensión será ingresada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que designe DOÑA Gema , cantidad que será revisada anualmente según el Índice de Precios al Consumo que fije el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. Así mismo, cualquier gasto extraordinario que surja, como gastos médicos o actividades extraescolares, será sufragado por mitad por ambos progenitores".

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 75 de Madrid y se registró con el n.º 725/2019. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento del Ministerio Fiscal y a la averiguación del domicilio del demandado.

3.- El Ministerio Fiscal contestó a la demanda mediante el correspondiente escrito.

Por resolución de 20 de noviembre de 2019, "habiéndose agotado los medios de averiguación de domicilio [...] y encontrándose en paradero desconocido", se acordó el emplazamiento del demandado mediante edictos en el tablón de anuncios del Juzgado.

Y por resolución de 9 de enero de 2021, se declaró al demandado, D. Juan Manuel , en situación de rebeldía procesal, al no haber comparecido y contestado a la demanda.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 75 de Madrid, dictó sentencia de fecha 2 de julio de 2020, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D.<sup>a</sup> Gema , representada por el Procurador de los Tribunales, D. Pedro Emilio Serradilla Serrano contra D. Juan Manuel , declarado en situación de rebeldía procesal, debo acordar y acuerdo la adopción de las siguientes medidas:



"1º.- Otorgar a la madre, Sra. Gema , la guarda y custodia del hijo menor de edad, Augusto , ejerciendo en exclusiva la madre la patria potestad.

"2º.- No procede fijar régimen de visitas a favor del progenitor no custodio.

"3º.- No procede fijar pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio.

"No procede hacer expresa condena en costas".

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.<sup>a</sup> Gema .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 24.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 1179/2020, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 25 de marzo de 2021, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS:

"Desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por doña Gema , representada por el Procurador don Pedro Emilio Serradilla Serrano, contra la sentencia de fecha 2 de julio de 2.020 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 75 de Madrid en el procedimiento de Guardia, Custodia y Alimentos número 725/2019 seguido por doña Gema contra don Juan Manuel , debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la expresada resolución íntegramente; con expresa condena en costas en esta alzada a la parte recurrente".

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

1.- El procurador D. Pedro Emilio Serradilla Serrano, en representación de D.<sup>a</sup> Gema , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"MOTIVO ÚNICO.- Se funda este motivo al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3º en relación al art. 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Fundamentándose el motivo en infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y presentar el recurso "interés casacional". POR INFRACCIÓN DE LA NORMA JURÍDICA SUSTANTIVA contenida en los arts. 93, 142, 145 y 146 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica.

"En cuanto que la Sentencia que se recurre no establece cantidad alguna que, si quiera en concepto de "mínimo vital" para el hijo menor Augusto , hijo de mi representada y de Don Juan Manuel , debió de haberse establecido en la Sentencia que se recurre a abonar por su padre para dicho hijo común menor de edad".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 21 de diciembre de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Gema contra la sentencia dictada con fecha de 25 de marzo de 2021 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 1179/2020, dimanante del juicio de guarda y custodia y alimentos n.º 725/2019 del Juzgado de Primera instancia n.º 75 de Madrid.

"2º) Y entréguese copias de los escritos de interposición del recurso de casación formalizados, 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. Transcurrido dicho plazo, dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal.

"Contra esta resolución no cabe recurso".

3.- Al no estar personada la parte recurrida, se dio traslado al Ministerio Fiscal, que presentó el correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 31 de marzo de 2023 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 23 de mayo del presente, fecha en que ha tenido lugar.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **PRIMERO.-** *Antecedentes relevantes*



A los efectos decisorios del presente proceso partimos de los siguientes antecedentes relevantes.

**1º.-** Es objeto del presente proceso la demanda interpuesta por la actora D.ª Gema contra el padre de su hijo, nacido el NUM000 de 2011, el demandado D. Juan Manuel .

El procedimiento se siguió en rebeldía del demandado, al desconocerse su paradero, razón por la cual fue emplazado por medio de edictos.

**2º.-** Tramitado el procedimiento, por el cauce del juicio de relaciones paternofiliales 725/2019 del Juzgado de Primera Instancia número 75 de Madrid, se dictó sentencia en la que se atribuyó a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad, sin fijar régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, ni alimentos a su cargo, al desconocerse el paradero e ingresos del demandado, sin perjuicio de determinar alimentos mediante procedimiento de modificación de medidas una vez que se alcanzase el conocimiento de su real capacidad económica. En definitiva, se concluyó que la madre no había cumplido con las exigencias de la carga de la prueba sobre los ingresos del demandado y su situación actual para aplicar un principio de proporcionalidad.

**3º.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación. Su conocimiento le correspondió a la sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia confirmatoria de la pronunciada por el juzgado, al desconocerse los ingresos del padre, nacido en Perú, cuyo paradero se ignora, pese a las investigaciones realizadas al efecto por el Cuerpo Nacional de Policía. La única prueba acreditativa de sus ingresos son tres transferencias, por importe cada una de ellas de 150 euros, realizadas por el demandado en los meses de enero, marzo y abril de 2019, sin que de ellas se desprendan datos suficientes que permitan valorar cuál es su real capacidad económica y sin que conste ninguna otra transferencia.

**4º.-** Contra dicha sentencia se interpuso por la madre recurso de casación por interés casacional en el que solicitó se procediera a la fijación de alimentos a cargo del demandado. Dicho recurso contó con el apoyo del Ministerio Fiscal.

En efecto, en escrito presentado ante la Sala, en virtud del traslado conferido, se consideró por el Ministerio Fiscal que el ignorado paradero del demandado ha impedido conocer su situación económica real; pero también, y precisamente por ello, poder dar por acreditado un escenario de pobreza absoluta que pudiera justificar la excepcional suspensión de su obligación de subvenir a las necesidades del hijo menor, conforme a la jurisprudencia de la sala. La fijación de una pensión de alimentos conforme a un porcentaje de los ingresos del progenitor, tal y como se establece en la STS 481/2015, de 22 de julio y otras resoluciones anteriormente citadas, no sería contraria al principio de proporcionalidad, porque en el caso de que el demandado careciera efectivamente de los más mínimos recursos económicos, el porcentaje se concretaría en una pensión de alimentos de cero euros.

La argumentación de la sentencia recurrida deja al arbitrio del alimentante el cumplimiento de sus obligaciones con respecto a su hijo por el mero hecho de ausentarse de su lugar de residencia, sin informar de su paradero, gravando al otro progenitor con la obligación de soportarlos en exclusiva, y, de esta forma, eludiendo una obligación insoslayable y mancomunada, además que imposibilitar a la actora a acogerse, en caso de concurrir los restantes presupuestos, a las ayudas del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, creado por Ley 42/2006, de 28 de diciembre, y regulado por Real Decreto 1618/2007, en tanto en cuanto exige que el pago de alimentos esté reconocido en resolución judicial.

A mayor abundamiento, cabe añadir que la audiencia da por probado que el demandado efectuó tres transferencias a la madre, por importe cada una de ellas de 150 €, en los meses de enero, marzo y abril de 2019, y si bien de tales datos, entiende dicho tribunal, que no se deduce la capacidad económica del padre; no obstante, atendido el ámbito de actuación en el que se desarrolla el recurso, el derecho incondicional del hijo menor a ser alimentado, y el correlativo deber del progenitor de hacerlo "en todo caso", le lleva al Ministerio Fiscal a discrepar de la valoración de la audiencia, toda vez que impone a la parte actora una prueba diabólica de la capacidad económica del progenitor deudor que, voluntariamente, se sitúa en ignorado paradero.

En esta tesitura, las tres transferencias acreditadas de las que se deduce que el demandado pudiera encontrarse en Italia (en las transferencias figura como país IT) y con ingresos suficientes para efectuarlas, activarían la aplicación del criterio jurisprudencial según el cual "[...], 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 un gran sacrificio del progenitor alimentante" de fijar un mínimo vital.

Concluye, el Ministerio Público, que debe prevalecer el interés del menor, en que se fije una pensión de alimentos con cargo al progenitor no custodio, con la finalidad de garantizar el desarrollo de su existencia, en condiciones de suficiencia y dignidad, que, siguiendo la línea jurisprudencial citada, puede cifrarse en el 10% de los ingresos del demandado, sin perjuicio de que, si en un momento posterior se constata la situación socioeconómica o laboral del mismo, acudan las partes al correspondiente proceso de modificación de



medidas en aras a reajustar la aportación a las necesidades del alimentista y respectiva capacidad económica de cada obligado al pago.

## **SEGUNDO.-** *Recurso de casación*

El recurso de casación se basa en un motivo único, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º, en relación con art. 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), por infracción de la norma jurídica sustantiva contenida en los arts. 93, 142, 145 y 146 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica.

Se reprocha a la sentencia que no establezca cantidad alguna, ni siquiera en concepto de "mínimo vital", para el hijo menor de los litigantes, con lo que se vulnera la jurisprudencia de la sala, con cita de las sentencias de 22 de marzo de 2015, 737/2015, de 22 de julio; 27 de septiembre de 2017 y, con ello, postula una prestación de alimentos de 150 euros.

## **TERCERO.-** *Examen del motivo único del recurso de casación interpuesto*

A los efectos resolutorios del recurso de casación partimos de las consideraciones siguientes:

### **3.1 .-** *Sobre la especial protección de los alimentos de los hijos menores de edad en los procedimientos matrimoniales*

Es indiscutible el deber de los padres de contribuir económicamente a satisfacer los alimentos de sus hijos por elementales deberes derivados de las responsabilidades parentales que les corresponden. Desde esta perspectiva, el art.º 39.3 de la Constitución dispone que "los padres deben prestar asistencia de todo orden a sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante la minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda". No nos ha de ofrecer duda que la determinación de los alimentos es una manifestación derivada del interés superior del menor, que exige que sus necesidades vitales se encuentren debidamente cubiertas, toda vez que requieren un mayor nivel de protección inherente a su vulnerabilidad personal. En definitiva, el interés superior del menor se sustenta, entre otros plurales ámbitos, en el derecho a ser alimentado, y en la correlativa obligación de sus progenitores de cumplirla "en todo caso", como establece el artículo 93 del Código Civil (en adelante CC).

La regla general es que los alimentos habrán de ser prestados en la extensión a la que se refiere el art.º 142 CC; es decir, los que sean necesarios para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista, comprendiendo, igualmente, su educación e instrucción. Tan indeclinable obligación legal habrá de prestarse en proporcionada cuantía al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, por mor del art.º 146 del referido texto legal; por otra parte, cuando tal obligación recaiga en ambos progenitores se repartirá entre ellos el pago en cantidad proporcional a sus respectivos ingresos ( art. 145.I del CC), constituyéndose en deudores mancomunados.

No obstante, dicha obligación de prestar alimentos, cuando de hijos menores se trata, tiene unas connotaciones particulares, que la distinguen de las restantes deudas alimentarias legales, toda vez que posibilitan una mayor flexibilidad en la fijación del importe de la pensión y en la interpretación del principio de proporcionalidad, de manera que los hijos puedan gozar del mejor nivel de vida que los recursos económicos de sus progenitores les puedan brindar y que su satisfacción genere, cuando así lo requiera, un mayor esfuerzo contributivo, una de cuyas manifestaciones la encontramos en el art. 608 LEC.

En este sentido, la STS 749/2002, 16 de julio, con cita de la sentencia de 5 de octubre de 1993, proclamó que:

"La obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad ( artículos 39.3 de la Constitución Española, 110 y 154.1º del Código Civil) tiene unas características peculiares que le distinguen de las restantes deudas alimentarias legales para con los parientes e incluso los hijos mayores de edad (como ya puso de relieve la paradigmática Sentencia de 5 de octubre de 1.993). Una de las manifestaciones es la relativa a la fijación de la cuantía alimentaria, que determina que lo dispuesto en los artículos 146 y 147 del Código Civil solo sea aplicable a alimentos debidos a consecuencia de patria potestad ( artículo 154.1º del Código Civil) con carácter indicativo, por lo que caben en sede de estos, criterios de mayor amplitud, pautas mucho más elásticas en beneficio del menor, que se tornan en exigencia jurídica en sintonía con el interés público de protección de los alimentistas habida cuenta el vínculo de filiación y la edad".

Insistiendo en tales ideas, la STS 1007/2008, de 24 de octubre, señala que la prestación alimenticia a los hijos menores no ha de verse afectada por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes, y considera que:

"Por lo que respecta al primero de los argumentos debe decirse que ciertamente esta Sala, a raíz de la Sentencia de 5 de octubre de 1993, partiendo de que la propia norma constitucional (artículo 39.2) "distingue entre la asistencia debida a los hijos "durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda", ha



seguido el criterio de considerar que el tratamiento jurídico de los alimentos del hijo menor de edad "presenta una marcada preferencia" respecto al régimen regulador de los alimentos entre parientes (Título VI del Libro Primero del Código Civil) aunque también ha dicho que ello no conlleva que se tenga que descartar de modo absoluto la aplicación de las normas de este último a los menores. Tal preferencia encuentra justificación en que la obligación de dar sustento a los hijos menores es un deber incardinado en la patria potestad, derivado de la relación paterno-filial ( artículo 110 del Código Civil ), resultando de ello que la prestación alimenticia a los hijos menores no ha de verse afectada "por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados".

En el mismo sentido, nos pronunciamos más recientemente en la sentencia 525/2017, de 27 de septiembre, cuando volvimos a precisar que:

"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)".

En definitiva, la jurisprudencia considera que es necesario distinguir si nos encontramos ante alimentos cuyo destinatarios son hijos mayores o menores de edad, al ser éstos últimos tributarios de distinto tratamiento jurídico, pues con respecto a ellos "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" ( SSTS 55/2015, de 12 de febrero y 275/2016, de 25 de abril).

Por su parte, la STC 57/2005, de 14 de marzo, proclama al respecto que:

"Por lo que respecta a la pensión de alimentos a los parientes -el otro elemento de comparación alegado-, su fundamento descansa únicamente en la situación de necesidad perentoria o "para subsistir" ( art. 148 CC) de los parientes con derecho a percibirlos -cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos ( art. 143 CC)-, se abona sólo "desde la fecha en que se interponga la demanda" ( art. 148 CC), y puede decaer por diversos motivos relacionados con los medios económicos o, incluso, el comportamiento del alimentista ( art. 152 CC). Por el contrario, los alimentos a los hijos, en la medida en que tienen su origen exclusivamente en la filiación ( art. 39.3 CE), ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos.

"Tampoco coincide la finalidad en una y otra pensión: si en la de alimentos a los parientes ha de facilitarse el sustento básico para salvaguardar la vida del alimentista, esto es, "todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica" ( art. 142 CC), ya hemos dicho que la de alimentos a los hijos no se reduce a la mera subsistencia, al consistir en un deber de contenido más amplio, que se extiende a todo lo necesario para su mantenimiento, estén o no en situación de necesidad".

### **3.2. - La doctrina del mínimo vital para el caso de dificultades económicas**

Esta obligación impuesta al juez de fijar "en todo caso", la contribución de cada progenitor para satisfacer alimentos que impone el art. 93 del CC, determinó el nacimiento, para situaciones de acreditada dificultad económica, de la denominada doctrina del mínimo vital, de cuya aplicación encontramos manifestación en las SSTS 184/2016, de 18 de marzo y 484/2017, de 20 de julio, de las que se deduce que:

i) 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,

ii) 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 un gran sacrificio del progenitor alimentante.

### **3.3. - La posibilidad de suspensión de la prestación de alimentos por carencia de recursos económicos para satisfacerlos: el alimentante absolutamente insolvente**

Lógicamente, esta doctrina no rige en los supuestos en los que se encuentra acreditada la indigencia del progenitor, en los cuales la carencia absoluta de recursos económicos genera la imposibilidad material



y jurídica de establecerlos, so pena de fijar una cantidad en vacío, con desatención de las concretas circunstancias concurrentes, casos en los cuales, bajo un criterio restrictivo, cabe suspender la prestación alimenticia. En tales supuestos, el deber legal de solidaridad se transfiere a los otros parientes obligados a satisfacer los alimentos, y todo ello sin perjuicio de la mejora de fortuna del progenitor ( art. 91 CC), que devuelva a éste su condición de deudor principal por el orden legal que establece el art. 144 CC.

Así dijimos, por ejemplo, en las sentencias 484/2017, de 20 de julio, con ratificación de la doctrina sentada, en otras, como la sentencia 111/2015, de 2 de marzo, que:

"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".

Como síntesis de lo expuesto, podemos citar la STS 632/2022, de 29 de septiembre, en la que, con cita de otras anteriores ( SSTS 55/2015, de 12 de febrero; 111/2015, de 2 de marzo; 413/2015, de 10 de julio; 395/2015, de 15 de julio; 661/2015, de 2 de diciembre; 184/2016, de 18 de marzo y 484/2017, de 20 de julio), distinguimos entre la suspensión de la obligación de prestar alimentos (carencia de ingresos) y la de abonar el mínimo vital (situaciones de dificultad económica), y de esta forma señalamos:

"[...] cabe admitirla [...] con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal [...], 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 [...]", siendo esa solución que se predica como normal, y ello, en los supuestos referidos a situaciones de dificultad económica, la de "fijar [...] un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor [...]".

"[...] Y si no consta que la recurrente perciba en estos momentos ingresos por ningún concepto y tampoco se dispone de datos que permitan presumir que, pese a no contar con ingresos, sí dispone de otros medios o recursos económicos con los que poder hacerse cargo de la pensión, lo que se debe asumir, a la luz de lo probado y lo que no lo ha sido, es que su actual situación, con independencia de la palabra o palabras que se utilicen para calificarla: precariedad, indigencia, pobreza, miseria, etc., o de los adjetivos con que se pueden calificar: total, absoluta, extrema, plena, etc., no le permite hacerse cargo de ella por imposibilidad material, ante la falta de medios.

"Lo anterior pone de manifiesto que la situación es excepcional y que el caso es uno de los que justifican, con arreglo a nuestra doctrina, la suspensión temporal del pago de la pensión de alimentos en tanto la actual situación se mantenga".

### 3.4 .- Las connotaciones del presente caso

En el caso presente, concurren las circunstancias siguientes. El padre, en los meses de enero, marzo y abril de 2019, vino abonando a su hijo, por medio de una transferencia, la suma de 150 euros mensuales, lo que implica contaba con posibilidades para atender tan indeclinable obligación. La demanda se interpuso en junio de 2019. A partir de ese momento, se despreocupó de la atención del menor, ausentándose sin dejar constancia de su domicilio actual. Es más que plausible que se encuentre en el extranjero. No consta que carezca de recursos económicos o que se encuentre en una situación de absoluta indigencia, simplemente se ignoran cuáles son los ingresos con los que cuenta actualmente, dado que, por acto propio, se ausentó sin dejar datos. En la tesitura expuesta, es la madre la que, de forma exclusiva, atiende a las necesidades del menor.

En un caso similar al presente, la sentencia 481/2015, de 22 de julio, razonó que:

"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).



"El padre o madre deben afrontar la responsabilidad que les incumbe con respecto a sus hijos, no siendo de recibo que su mera ilocalización les exonere de la obligación de prestar alimentos ni que a los tribunales les esté proscrita la posibilidad de determinar un mínimo por el hecho de que el progenitor haya abandonado su lugar de residencia, todo ello sin perjuicio de las acciones que el rebelde pueda plantear una vez hallado, en orden a la modificación de las medidas, posibilidad que también podrá plantear el otro progenitor si han variado sustancialmente la circunstancias.

"En el presente caso consta que con respecto al demandado se intentó su emplazamiento en el domicilio de su madre.

"En la sentencia recurrida se elude la obligación de fijar alimentos para evitar posibles responsabilidades penales del obligado al pago de los alimentos, pero olvida que esa obligación de prestarlos la tiene el progenitor, civil y constitucionalmente impuesta, aun cuando no se concrete su importe.

"En base a ello, se fija una pensión de alimentos, abonable por el demandado del 10% de los ingresos que se acrediten como percibidos por el padre, dada la edad de la menor y que la madre trabaja como empleada de hogar y reside en régimen de alquiler compartido. Se desconoce el trabajo que el esposo pueda estar desarrollando en la actualidad".

En este caso, con aceptación de la petición formulada por el Ministerio Fiscal, conforme a un criterio de prudencia, fijamos en un porcentaje del 10% de los ingresos de demandado su prestación alimenticia, que se devengará desde la fecha de la demanda ( art. 148 CC), al ser la primera vez que se fijan los alimentos ( SSTS 696/2017, de 20 de diciembre; 113/2019 de 20 de febrero; 644/2020, de 30 de noviembre y 412/2022, de 23 de mayo), todo ello, sin perjuicio de su liquidación y revisión por modificación de circunstancias una vez se conozcan los ingresos reales del demandado.

#### **CUARTO.- Costas y depósito**

La estimación del recurso de casación conduce a que no se haga especial pronunciamiento sobre las costas, así como tampoco las correspondientes al recurso de apelación ( art. 398 LEC) y que proceda la devolución, en su caso, de los depósitos constituidos para recurrir ( apartado 8 de la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ).

Estimada en parte la demanda no se condena en las costas de la primera instancia a ninguno de los litigantes ( art. 394.2 LEC).

#### **FALLO**

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

**1.º-** Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Gema contra la sentencia 331/2021, de 25 de marzo, dictada por la Sección 24.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación civil n.º 1179/2020.

**2.º-** Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por D.<sup>a</sup> Gema contra la sentencia 126/2020, de 2 de julio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 75 de Madrid, que revocamos en el único sentido de fijar a cargo del demandado una prestación de alimentos del 10% de sus ingresos que se devengará desde la fecha de interposición de la demanda, con ratificación del resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

**3.º-** No se hace especial condena de las costas del recurso de casación apelación, y primera instancia.

**4.º-** Se decreta la devolución de los depósitos constituidos para recurrir en casación y apelación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

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

Así se acuerda y firma.