



Roj: **STS 1595/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1595**

Id Cendoj: **28079110012024100411**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/03/2024**

Nº de Recurso: **3167/2022**

Nº de Resolución: **378/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 378/2024

Fecha de sentencia: 14/03/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3167/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/03/2024

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. Juan Manuel Ávila de Encío

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 3167/2022

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 378/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 14 de marzo de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.ª Marí Jose , representada por el procurador D. Juan Manuel Rico Palomar, bajo la dirección letrada de D. Juan Ignacio del Álamo Gómez, contra la sentencia n.º 902/21, dictada por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º

1055/2021, dimanante de las actuaciones de divorcio contencioso n.º 167/2020, del Juzgado de Primera Instancia n.º 66 de Madrid. Ha sido parte recurrida D. Iván , no personado en las 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. Juan Manuel Rico Palomar, en nombre y representación de D.^a Marí Jose , interpuso demanda de divorcio contra D. Iván , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que, estimando la demanda, se declare haber lugar al divorcio, determinándose los siguientes efectos:

- "1. Se otorgará la guarda y custodia de los hijos menores a la madre.
- "2. El ejercicio de la patria potestad será otorgado en exclusiva a la madre.
- "3. Pensión alimenticia a favor de los hijos 450 euros Conforme al art. 148 Código Civil se solicita se imponga el abono de la pensión de alimentos desde la interposición de la demanda.
- "4. Los gastos extraordinarios se abonarán al cincuenta por ciento.
- "5. En cuanto al régimen de visitas, cuando el padre se interese por los menores, se acordará en su beneficio".

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 66 de Madrid y se registró con el n.º 167/20. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El demandado no se personó en las actuaciones ni contestó a la demanda por lo que fue declarado en rebeldía.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 66 de Madrid dictó sentencia de fecha 20 de abril de 2021, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda interpuesta por el procurador don Juan Manuel Rico Palomar en nombre y representación de D.^a Marí Jose contra D. Iván DEBO DECLARAR Y DECLARO la disolución del matrimonio formado por los expresados, por divorcio y DEBO ACORDAR Y ACUERDO la adopción de las siguientes medidas:

- "1.- Queda disuelta la sociedad de gananciales.
- "2.- Los hijos menores, Patricio y Celsa , quedarán bajo la guarda y custodia de su madre DOÑA Marí Jose y ambos progenitores ostentarán la patria potestad sobre sus hijos. La madre así mismo ejercerá la patria potestad sobre sus hijos de forma exclusiva en materia de educación, sanidad y demás cuestiones administrativas en tanto los hijos sean menores de edad. Por lo que no necesitará contar con el consentimiento paterno para gestionar las cuestiones relativas a sus hijos.
- "3.- No se fijan visitas padre e hijos.
- "4.- No se establece pensión de alimentos a abonar por el padre a los hijos al desconocerse cualquier dato económico del padre, incluso donde reside o si trabaja.

"Sin pronunciamiento en relación a las costas procesales".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Marí Jose .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 1055/2021, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 29 de octubre de 2021, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Que, DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D.^a Marí Jose , representada por el Procurador D. Juan Manuel Rico Palomar, contra la sentencia de fecha 20 de abril de 2021, del Juzgado de Primera Instancia número 66 de Madrid, en autos de Divorcio Contencioso número 167/2020; seguidos con D. Iván , debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS la expresada resolución; sin hacer expresa imposición de costas en este recurso".

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



1.- El procurador D. Juan Manuel Rico Palomar, en representación de D.^a Marí Jose , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre pensión de alimentos".

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 12 de julio de 2023, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por doña Marí Jose contra la sentencia dictada, con fecha 29 de octubre de 2021, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, en el rollo de apelación 1055/2021, dimanante de los autos de guarda y custodia núm. 167/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 66 de Madrid.

"2.º) De conformidad y a los fines dispuestos en el art. 485 LEC, entréguese copias del escrito de interposición del recurso formalizado con, en su caso, los documentos adjuntos, al Ministerio Fiscal, a los efectos oportunos.

"Contra esta resolución no cabe recurso".

3.- Se dio traslado al Ministerio Fiscal, que presentó el correspondiente informe.

4.- Por providencia de 5 de febrero del presente 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 5 de marzo de 2024, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

Versa este proceso exclusivamente sobre la fijación de alimentos provisionales a favor de los dos hijos de los litigantes, de 12 y 10 años, respectivamente, que viven en compañía de la madre. El padre se encuentra en situación procesal de rebeldía, se desconoce su paradero, según la demandante sus últimas noticias es que regresó a Bolivia, el cual se desatiende absolutamente de las necesidades de sus hijos.

La sentencia recurrida dictada por la audiencia no fija alimentos a su cargo, por desconocerse sus ingresos, confirmando en tal sentido la sentencia dictada por el juzgado.

Contra dicha resolución se interpuso por la demandante recurso de casación. El recurso es apoyado por el Ministerio Fiscal, en defensa del interés superior de los menores, en tanto en cuanto la circunstancia de que el padre se ausentase del hogar familiar no le puede liberar de satisfacer la prestación alimenticia, dado que el cumplimiento de sus obligaciones legales no puede quedar a su arbitrio. La no fijación de la pensión de alimentos perjudica, por otra parte, a los menores, puesto que la madre no puede acudir, de concurrir los supuestos para ello, al Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, creado por la ley 42/2006, de 28 de diciembre, y regulado por Real Decreto 1618/2007, en el que se exige el reconocimiento judicial.

SEGUNDO.- *El recurso de casación*

Se fundamenta en la infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre pensión de alimentos. Se alegan como infringidos los arts. 39 CE y arts. 110, 142, 143, 144, 146, 147 y 154.1 CC.

El recurso debe ser estimado.

Es jurisprudencia reiterada de esta sala, de la que son manifestación las sentencias 860/2023, de 1 de junio; 1210/2023, de 21 de julio, 1365/2023, de 4 de octubre y 4/2024, de 8 de enero, la que se asienta en los pilares siguientes:

1) *La especial protección de los alimentos de los hijos menores de edad en los procedimientos de familia.*

Conforme a la cual dicha obligación 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 un mayor esfuerzo contributivo, una de cuyas manifestaciones la encontramos en el art. 608 LEC.

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, con base a la cual:

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 habrá de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante.

3) *La posibilidad de suspensión de la prestación de alimentos por carencia de recursos económicos para satisfacerlos para los casos de alimentante absolutamente insolvente.*

4) *Los supuestos de rebeldía no impiden la fijación de alimentos.*

Son casos en los que no consta que el demandado carezca de recursos económicos o que se encuentre en una situación de absoluta indigencia, simplemente se ignoran cuáles son los ingresos, dado que, por acto propio, se ausentó sin dejar datos incumpliendo sus obligaciones con respecto a sus hijos menores. En la tesitura expuesta, es la madre la que, de forma exclusiva, atiende a las necesidades de los hijos menores de los litigantes.

El demandado tiene 38 años edad, sin que exista elemento de juicio alguno a través del cual quepa deducir que esté impedido para el trabajo. Su obligación de satisfacer los alimentos a sus hijos es indiscutible. La circunstancia de que se hubiera ausentado y se halle en paradero desconocido, al parecer en Bolivia, no permite concluir que carezca de cualquier clase de ingresos y que se encuentre en una situación de indigencia que le libere de tan indeclinable deber. No existe una relación lógica racional entre el abandono asistencial a su familia y una situación de indigencia.

Los niños están escolarizados en un colegio público, con la obligación de la madre hacerse cargo de los gastos de comedor escolar. La demandante gana unos 1.200 euros líquidos al mes; no obstante, acredita gastos fijos mensuales de 1.074,43 euros, entre los que figura una partida de cuidadora de 300 euros, cuya necesidad es dudosa.

Ahora, es evidente que los salarios en Bolivia son manifiestamente inferiores que el salario mínimo en España, lo que conforma un hecho notorio, que constituye un elemento de necesaria ponderación. Tampoco, resulta acreditado que el demandado cuente con una especial cualificación que le permita obtener ingresos más sustanciosos.

Recientemente, el Tribunal Constitucional en la sentencia 2/2024, de 15 de enero, tuvo oportunidad pronunciarse sobre la cuestión controvertida en este proceso, desde el punto de vista del interés superior de los menores y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE., señalando al respecto:

"Si bien el dato de la capacidad económica se desconoce y no es posible aplicar con plenitud el citado principio de proporcionalidad, no es menos cierto que el art. 93 CC ordena que "[e]l Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento".

"Por lo tanto, el desconocimiento de aquella capacidad económica del demandado, debida a su propia conducta elusiva de sus deberes paternofiliales, no puede erigirse en obstáculo para que la sentencia del juzgado, o en su revisión la de la audiencia provincial, hubiera fijado en este caso una cantidad líquida suficiente para la satisfacción de las necesidades del menor hijo de la recurrente ex art. 142 CC.

"Cantidad líquida cuya denominación, modo de cuantificación e importe no nos corresponde determinar, pues esto deviene en una función estrictamente jurisdiccional.

"Al haber optado sin justificación objetiva por el sistema de un porcentaje sobre los desconocidos ingresos del demandado, y con arreglo a las razones ya expuestas, cabe concluir que las resoluciones de instancia aquí impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la recurrente y de su entonces hijo menor de edad".

Es por ello por lo que procede fijar una cantidad líquida que, en este caso, partiendo del propio reconocimiento de la demandante de que el padre regresó a Bolivia la fijamos a razón de 75 euros por cada hijo.



Esta prestación alimenticia 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 (art. 91 CC).

TERCERO.- 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).

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 el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia 902/2021, de 29 de octubre, dictada por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación civil n.º 1055/2021, que casamos.

2.º- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia 143/2020, de 20 de abril, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 66 de Madrid, que revocamos en el único sentido de fijar a cargo del demandado una prestación de alimentos de 75 euros al mes, por cada uno de sus dos hijos, 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.

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.