



Roj: STS 3835/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3835
Id Cendoj: 28079110012015100488
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 737/2014
Nº de Resolución: 481/2015
Procedimiento: Casación
Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Julio de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 410/2013 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, como consecuencia de autos de juicio verbal sobre relaciones "more uxorio" núm. 273/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Vigo, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don Juan José Muiños Torrado, en nombre y representación de doña Raimunda, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Francisco Fernández Rosa, designado del turno de oficio por el Colegio de Procuradores, en calidad de recurrente sin que comparezca la parte demandada y con la intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El procurador don Juan José Muiños Torrado, en nombre y representación de doña Raimunda, interpuso demanda de juicio en reclamación de guarda y custodia y alimentos, contra don Carlos y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia «en la que, reconozca la ruptura de la unión extramatrimonial existente hasta ahora entre las partes, y acuerde los siguientes efectos:

1.- Determine que la hija Covadonga debe quedar bajo la guarda y custodia de la madre, atribuyendo a mi representada la misma, quedando la patria potestad compartida.

2.- Declare no haber lugar al establecimiento de un régimen de visitas a favor del padre, al encontrarse éste en el extranjero.

3.- Condene al demandado a satisfacer a la actora mensualmente 180 euros (ciento ochenta euros mensuales), en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos de su hija, cuya cantidad ingresará en la cuenta designada expresamente por la esposa dentro de los 5 primeros días de cada mes, y será revalorizable de conformidad con las variaciones del coste de la vida según los Índices de Precios al Consumo que publique periódicamente el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que le sustituya.

4.- Condene en costas al demandado, si se opusiere a estas medidas».

2.- El Fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación e interesó que «en su día, dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas».

3.- En diligencia de ordenación, de 30 de mayo de 2013, se declaró rebelde al demandado don Carlos al no contestar a la demanda en plazo y en el acta de juicio, de fecha 30 de mayo de 2013, se reitera la declaración de rebeldía al no comparecer y constar debidamente citado.

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta y admitida en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Vigo se dictó sentencia, con fecha 30 de mayo de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO**.

En la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Muiños Torrado, en nombre y representación de Dña. Raimunda , como demandante, contra D. Carlos , declarado en situación de rebeldía procesal, y en el que ha intervenido el Ministerio Fiscal, hago el siguiente pronunciamiento:

Único.- La guarda y custodia de la hija menor se atribuye a la Sra. Raimunda , siendo la patria potestad compartida entre ambos progenitores.

No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, dictó sentencia, con fecha 13 de enero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS**

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Juan José Muiños Torrado, en nombre y representación de Doña Raimunda , contra la sentencia de fecha 30 de mayo de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Vigo , confirmamos la misma, con imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas.

TERCERO .- 1.- Por la representación procesal de D.^a Raimunda se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Único.- Infracción de lo dispuesto en el art. 39.3 Constitución Española , así como en los arts. 110 , 142 , 143 , 144 , 146 , 147 y 154.1 del Código Civil .

Necesidad de unificación por el Tribunal Supremo de la interpretación de la norma que se considera infringida por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, representadas por la contenida en la sentencia que se recurre y en las sentencias de 7 de febrero de 2011, recurso 1209/2010 de la Sección 10 de la Audiencia Provincial de Valencia , sentencia de 27 de junio de 2011, recurso 650/2011 de la Sección 10 de la Audiencia Provincial de Valencia o sentencia de fecha 26 de noviembre de 2013, recurso 427/2013 de la Sección 5 de la Audiencia Provincial de Asturias.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 21 de octubre de 2014 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Fiscal presentó escrito interesando la estimación del recurso de casación.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de julio del 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La demandante formuló demanda para la adopción de medidas paternofiliales respecto de la hija común menor de edad, frente a su progenitor, solicitando la guarda y custodia y fijación de pensión de alimentos a cargo del padre.

El demandado fue declarado en situación de rebeldía procesal.

La sentencia dictada en primera instancia, atribuyó la guarda y custodia a la madre, siendo la patria potestad compartida.

La demandante recurrió en apelación la sentencia al no haberse acordado fijar pensión de alimentos a favor de la hija común y con cargo al padre, ni haberse hecho pronunciamiento respecto de gastos extraordinarios.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6^a, desestima el recurso de apelación confirmando la dictada en primera instancia.

Para denegar la fijación de una pensión alimenticia la sentencia atiende al paradero desconocido del progenitor demandado (que parece que volvió a Paraguay, pero puede estar también en Brasil, siendo hecho probado que no reside en España y emplazado por edictos conforme al art. 164 LEC).

Ante esta circunstancia sostiene que si bien no existe duda alguna de la obligación del padre de contribuir a los alimentos, se plantean problemas en su fijación, al desconocerse los ingresos del demandado en ignorado paradero, y por la imposibilidad de comunicar personalmente al mismo la obligación decretada

que podría conllevar el surgimiento de responsabilidad penal por el incumplimiento continuo del abono de la pensión.

Denegación que se mantiene sin perjuicio de que pueda instarse la oportuna modificación de medidas para el caso de que se modifiquen las citadas circunstancias. Cita la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª, de 15 de febrero de 2012, que en el supuesto de la desconocida capacidad de pago del padre y habida cuenta de la evidente dificultad de dar cumplimiento en ejecución a un pronunciamiento de este tipo, señala que "es más beneficioso para esta niña no fijar el importe de pensión".

El Ministerio Fiscal solicitó ante esta Sala la casación de la sentencia.

SEGUNDO .- *Motivo único. Infracción de lo dispuesto en el art. 39.3 Constitución Española, así como en los arts. 110, 142, 143, 144, 146, 147 y 154.1 del Código Civil.*

Necesidad de unificación por el Tribunal Supremo de la interpretación de la norma que se considera infringida por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, representadas por la contenida en la sentencia que se recurre y en las sentencias de 7 de febrero de 2011, recurso 1209/2010 de la Sección 10 de la Audiencia Provincial de Valencia, sentencia de 27 de junio de 2011, recurso 650/2011 de la Sección 10 de la Audiencia Provincial de Valencia o sentencia de fecha 26 de noviembre de 2013, recurso 427/2013 de la Sección 5 de la Audiencia Provincial de Asturias.

Se estima el motivo.

La recurrente alega que de la relación no matrimonial habida con el demandado nació la común hija Covadonga, nacida el NUM000 de 2009 y por ello debe fijarse un mínimo vital de alimentos y ello aún cuando no se conozca el paradero del demandado.

En torno al mínimo vital esta Sala ha declarado recientemente en sentencia de 2 de marzo de 2015, rec 735/2014:

"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".

De la referida doctrina se deduce que como marca el art. 93 del C. Civil se deberán determinar "en todo caso" los alimentos que la menor ha de percibir de su progenitor, en base al principio de proporcionalidad.

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, aún 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.

TERCERO .- No procede expresa imposición de las costas del recurso de casación (art. 398 LEC).

No se efectúa expresa imposición de costas en las instancias (arts 394 y 398 LEC).



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

FALLAMOS

1. ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D.^a Raimunda , representada por el Procurador D. Francisco Fernández Rosa, contra sentencia de 13 de enero de 2014 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra .

2. Casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de fijar la obligación de prestar alimentos por el padre a Covadonga , consistentes en el 10% de los ingresos que se acrediten como percibidos por D. Carlos , padre de la referida.

3. No procede expresa imposición de las costas del recurso de casación.

No se efectúa expresa imposición de costas en las instancias.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , 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 Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CEN