



Roj: **STS 3976/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3976**

Id Cendoj: **28079110012023101348**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/10/2023**

Nº de Recurso: **118/2022**

Nº de Resolución: **1365/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 1.365/2023**

Fecha de sentencia: 04/10/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 118/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/09/2023

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

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

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 002

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 118/2022

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

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 002

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 1365/2023**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 4 de octubre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Primitivo , representado por la procuradora D.ª Silvia Malagón Loyo, bajo la dirección letrada de D. Julio César Albarrán Herrera, contra la sentencia n.º 895, dictada por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 783/2021, dimanante de las actuaciones de modificación de medidas con relación a hijos no matrimoniales, supuesto



contencioso, n.º 907/2019, del Juzgado de Primera Instancia n.º 66 de Madrid. Ha sido parte recurrida D.ª María Angeles , no personada en las actuaciones.

Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- La procuradora D.ª Silvia Malagón Loyo, en nombre y representación de D. Primitivo , interpuso demanda de modificación de medidas en relación a hijos no matrimoniales, contra D.ª María Angeles en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en virtud de la cual se acuerde que se proceda a la modificación de las medidas acordadas por la sentencia citada y se acuerde lo siguiente en beneficio de los menores:

"1º) La patria potestad será compartida entre los progenitores pero se acordará el ejercicio exclusivo de la misma en beneficio de los menores al padre don Primitivo .

"2º) Se atribuya la guarda y custodia de los menores Simón , Teodulfo e Virgilio al padre don Primitivo .

"3º) Que se acuerde que la madre deberá abonar una pensión de alimentos para sus tres hijos menores de cien euros (100 euros) a cada uno, dicha pensión deberá abonarse dentro de los 5 primeros días de cada mes en la cuenta que designará el padre y experimentará una subida cada año conforme lo haga el IPC general en el mes de enero de cada año que establezca el INE u Organismo similar.

"4º) En cuanto al régimen de vistas (sic) y estancias que los menores disfrutarán la compañía de la madre, se solicita se acuerde que se suspenderán las visitas hasta que la madre se ponga en contacto con el punto de encuentro familiar más cercano al domicilio de los menores donde se llevarán a cabo las visitas un día al mes, 1 hora conforme lo establezca el PEF.

"5º) Que ambos progenitores abonarán el 50% de los gastos extraordinarios que generen los menores.

"6º) Con expresa condena en costas a la parte demandada en el supuesto de que se opusiera a la presente demanda".

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 66 de Madrid y se registró con el n.º 907/2019.

Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada, que no compareció dentro del término legal, siendo declarada en rebeldía mediante resolución de 3 de diciembre de 2020.

3.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 66 de Madrid dictó sentencia de fecha 17 de marzo de 2021, con la siguiente parte dispositiva:

"Estimando parcialmente la demanda formulada por DON Primitivo representado por la procuradora doña Silvia Malagón Loyo contra María Angeles declarada en rebeldía

"Debo modificar y modifico la sentencia dictada en el juicio verbal 894/2014, de fecha 10 de octubre de 2015, dictada por este Juzgado que acordó mantener las medidas dictadas en Auto de fecha 4 de diciembre de 2014 dictado por el mismo Juzgado y se acuerdan las medidas siguientes:

"1º) Ambos progenitores ostentarán la patria potestad sobre sus hijos, Simón , Teodulfo e Virgilio si bien será el padre Primitivo quien la ejercerá en exclusiva. Por lo tanto no necesitará contar con el consentimiento materno para gestionar las cuestiones administrativas, sanitarias y educativas de los menores.

"2º) Se atribuya la GUARDA Y CUSTODIA de los menores Simón , Teodulfo E Virgilio al PADRE DON Primitivo .

"3º) No ha lugar a fijar visitas madre e hijos en tanto se desconoce el paradero de la madre.

"4º) No ha lugar a fijar una pensión de alimentos a abonar por la madre a los menores al desconocerse su paradero o si percibe algún tipo de ingreso.

"Sin expresa condena en costas a las partes".

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Primitivo .



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 783/2021, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 27 de octubre de 2021, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Que, DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Primitivo, representado por la Procuradora, D<sup>a</sup>. Silvia Malagón Loyo, contra la sentencia de fecha 17 de marzo de 2021, del Juzgado de Primera Instancia número 66 de Madrid; en autos número 907/2019; DEBEMOS CONFIRMAR y CONFIRMAMOS la mentada resolución; todo ello sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada".

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

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Silvia Malagón Loyo, en representación de D. Primitivo, interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"Infracción del artículo 93 en relación con el artículo 146 y siguientes ambos del Código Civil. Vulneración de la tutela judicial efectiva y de los artículos 39 y 24 de la CE de 1978".

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 22 de marzo de 2023, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por D. Primitivo contra la sentencia dictada con fecha de 27 de octubre de 2021 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 783/2021, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 907/2019 del Juzgado de Primera instancia n.º 66 de Madrid.

"2º) Y entréguese copias de los escritos de interposición del recurso de casación formalizados, con sus documentos adjuntos al Ministerio Fiscal.

"Contra esta resolución no cabe recurso".

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

4.- Por providencia de 7 de julio 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 27 de septiembre del presente, fecha en que ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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

A los efectos decisorios del presente recurso de casación partimos de los siguientes antecedentes:

1º.- Es objeto del presente proceso la demanda de modificación de medidas paternofiliales promovido por D. Primitivo. La demandada se encuentra en situación procesal de rebeldía, sin que se conozca su paradero.

2º.- El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 66 de Madrid, que dictó sentencia de fecha 17 de marzo de 2021, en la que se decidió otorgar al padre la guarda y custodia de los tres hijos menores de los litigantes, patria potestad conjunta, no se fijaron visitas ni alimentos al desconocerse las circunstancias personales y patrimoniales de la demandada.

3º.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por el demandante, circunscrito exclusivamente al pronunciamiento relativo a la no procedencia de fijación de una pensión alimenticia a cargo de la madre de los menores. El recurso fue resuelto por la sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid que confirmó la sentencia dictada por el juzgado.

En definitiva, se razonó, por el tribunal provincial, que el proceso se siguió en rebeldía de la demandada, con respecto al cual se desconoce su situación económica, ni indicio significativo para determinarla, sin perjuicio de que se establezca una vez se tenga conocimiento de su capacidad económica.

4º.- Contra dicha sentencia se interpuso por el demandante recurso de casación que es apoyado por el Ministerio Fiscal.

#### **SEGUNDO**.- *Motivo del recurso de casación*



El recurso se fundamenta en un motivo único, por infracción del art. 93 del CC, en relación con los arts. 146 y siguientes del CC, así como 39 y 24 CE. En definitiva, se sostiene, en síntesis, que la protección de los menores y los alimentos a su favor es una obligación del máximo contenido ético, derivada de los vínculos paternofiliales, sometida al prudente arbitrio de los tribunales, bajo la doctrina del mínimo vital, y con fundamento en la sentencia de esta sala 111/2015, de 2 de marzo, que sostiene que la circunstancia de que el progenitor se desvincule del cumplimiento de tan inexorable obligación al abandonar a sus hijos, sin que conste carezca de ingresos, no es razón bastante, en atención al principio del interés superior del menor, de no fijar prudencialmente alimentos a su cargo. El Ministerio Fiscal apoya el recurso y señala que la interpretación del tribunal provincial impide acudir a las ayudas del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, creado por Ley 42/2006, de 28 de diciembre.

### **TERCERO.- Estimación del recurso**

Esta sala se ha pronunciado sobre la cuestión objeto del recurso en las sentencias 860/2023, de 1 de junio y 1210/2023, de 21 de julio, en la que razonamos:

" 1) *Sobre la especial protección de los alimentos de los hijos menores de edad en los procedimientos de familia.*

"Esta 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.

"En el sentido expuesto las SSTS 749/2002, 16 de julio, 1007/2008, de 24 de octubre, 740/2014, de 16 de diciembre y 525/2017, de 27 de septiembre, entre otras, así como la STC 57/2005, de 14 de marzo.

" 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 habría 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: el alimentante absolutamente insolvente*

"Como manifestación de tal criterio, 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 un 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".



" 4) *Supuestos de rebeldía que determina el desconocimiento de ingresos del obligado a prestarlos*

"Son situaciones en las 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 con los que cuenta actualmente, dado que, por acto propio, se ausentó sin dejar datos incumpliendo sus obligaciones con respecto a su hijo menor. 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".

"Esta doctrina es refrendada por la STS 860/2023, de 1 de junio.

"En definitiva, se fijan los alimentos en el 10% de los ingresos del padre, lo que genera una deuda a su cargo a determinar en el supuesto de que pueda ser localizado. La obligación del demandado es indeclinable. Es éste el que desatendió, desde el principio, las necesidades de su hijo, con patente incumplimiento de una obligación legal. No existe constancia actual de sus concretos ingresos como tampoco que se encuentre en una situación de indigencia, de manera que no pueda satisfacer sus necesidades y colaborar con las propias de su hijo. Es joven, se encuentra en edad laboral, y estuvo dado de alta en la Seguridad Social en el sector agrario. Su comportamiento y la situación de incertidumbre creada no puede operar a su favor".

Es, por ello, que consideramos procedente acoger en parte el recurso de casación interpuesto y fijar prudencialmente los precitados alimentos en un porcentaje equivalente al 25% de los ingresos de la madre, dado que son tres los hijos necesitados de alimentos, sin perjuicio de su revisión.

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 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).

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 el demandante contra la sentencia 895/2021, de 27 de octubre, dictada por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación civil n.º 783/2021, que casamos.

2.º- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia 107/2021, de 17 de marzo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 66 de Madrid, que revocamos en el único sentido de fijar a cargo de la demandada una prestación de alimentos del 25% de sus ingresos a favor de sus hijos menores de edad, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ