



Roj: **SAP MA 1766/2005 - ECLI: ES:APMA:2005:1766**

Id Cendoj: **29067370042005100196**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **4**

Fecha: **29/04/2005**

Nº de Recurso: **227/2005**

Nº de Resolución: **384/2005**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MELCHOR ANTONIO HERNANDEZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 384

AUDIENCIA PROVINCIAL **MALAGA**

Sección 4ª

PRESIDENTE ILMO. SR.

D.MANUEL TORRES VELA

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D.JOAQUIN DELGADO BAENA

D.MELCHOR HERNANDEZ CALVO

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: JUZG. DE 1ª INSTANCIA 16 DE **MALAGA**

ROLLO DE APELACIÓN Nº 227/2005

JUICIO Nº 927/2004

En la Ciudad de **Málaga** a veintinueve de abril de dos mil cinco.

Visto, por la Sección 4ª de esta Audiencia, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en juicio de Separación Contenciosa (N) seguido en el Juzgado de referencia. Interpone el recurso Evaristo que en la instancia fuera parte demandada y comparece en esta alzada representado por el Procurador D. AMPARO RAMIREZ CRESPO y defendido por el Letrado D. BERNAL MENENDEZ, JOSE ENRIQUE. Es parte recurrida Estela que en la instancia ha litigado como parte demandante y MINISTERIO FISCAL

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 26/11/04 , en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que debiendo estimar como estimo la demanda interpuesta por Doña Estela , representada por el Procurador Don Alejandro Rodriguez Leiva, frente a Don Evaristo , representado por la Procuradora Dª. Amparo Ramirez Crespo, debo declarar y declaro la separación de dicho matrimonio, aprobando el mantenimiento de las medidas acordadas por auto de fecha 30 de Septiembre de 2.004 .

Todo ello, sin hacer expresa imposición en las cosas causadas en la tramitación de este procedimiento a ninguna de las partes".



SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. La votación y fallo ha tenido lugar el día 28/4/05, quedando visto para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MELCHOR HERNANDEZ CALVO quien expresa el parecer del Tribunal.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente al pronunciamiento judicial que le condena a abonar la cantidad de 300 euros en concepto de alimentos a sus hijas menores, pese a estar privado de libertad al estar ingresado en calidad de preso preventivo en la Prisión Provincial de Alhaurín de la Torre, se alza la representación procesal de Don Evaristo , alegando la imposibilidad de hacer frente a la misma y de la capacidad para obtener ingresos y carecer de otros medios que pudieran sustituir a la obtención de rentas mensuales. Pretensión a la que se opone la representación procesal de Doña Estela , al considerar inherente a la patria potestad del deber de prestar alimentos, y no estar recogida la causa alegada, como cese de esta obligación, considerando que no es justo que además de ser víctima de un delito pechara ella sola con la manutención de sus hijas. Igualmente se opone el Ministerio Fiscal, al estar establecida la pensión con el carácter de mínima o de subsistencia y la razón aludida implica la existencia de una coyuntura adversa de duración muy limitada en el tiempo por lo que no puede eximirse del pago de la pensión alimenticia.

SEGUNDO.- El artículo 92 del Código Civil en su apartado primero , proclama que "la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos" disponiendo por su parte el artículo 93, en su párrafo primero , que "el 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"; Como se recoge en la paradigmática Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1993 , "la obligación de dar alimentos es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional como taxativamente establece el art. 39 CE . Tal obligación resulta por modo inmediato del hecho de la generación y es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, art. 154.1 CC. ; y añade, "aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Tit. VI, Lib. I CC sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad (art. 154.1), lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia -así, art. 145.3 - y, precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los 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" Y en esta resolución no se excluye la posibilidad de que en los casos en que realmente el obligado a prestar alimentos al hijo menor de edad carezca de medios para, una vez atendidas sus necesidades más perentorias, cumplir su deber paterno, pueda ser relevado, por causa de imposibilidad, del cumplimiento de esta obligación. Pues bien, en el supuesto de autos, en la resolución recurrida, que se limita a confirmar las medidas provisionales adoptadas por auto de 30 de septiembre de 2004 , nada se indica sobre el porqué se ha establecido una pensión alimenticia, pese a no ser controvertido que el recurrente se encuentra en prisión preventiva, y en el indicado auto, sólo se dice que se fija una pensión alimenticia de 150 euros mensuales para cada uno de los hijos, considerándose de mera subsistencia. Tampoco consta en autos ingresos por parte del demandado. Por ello, atendiendo a las consideraciones que anteceden y dado que efectivamente la pensión acordada es de mera subsistencia, lo que comporta garantizar la tutela judicial de la prestación alimenticia a la que está obligado el recurrente, justificándose el mantenimiento teórico de la obligación, sin embargo, dada la imposibilidad de hacer frente a la misma, ya que ni tan siquiera se ha interesado oficio al Centro Penitenciario por si el recurrente está recibiendo alguna percepción económica, se está en el caso de admitir parcialmente el recurso, en el sentido de suspender la obligación mientras el recurrente permanezca en prisión y no consten bienes o ingresos con los que hacer frente a ella puede añadirse ya que, en el momento en que salga de la prisión , las autoridades le prestarán la asistencia social necesaria, tal y como disponen el art. 74 de la Ley General Penitenciaria y el art. 228 del Reglamento Penitenciario , hasta que se reincorpore al mundo laboral, obteniendo ingresos que le permitirán su propio sostenimiento y el cumplimiento de sus obligaciones como padre, alzándose la suspensión acordada automáticamente.

TERCERO.- Que al estimarse parcialmente el recurso de apelación interpuesto no procede hacer expresa condena de las costas causadas en esta alzada (artículo 398.2).



En atención a lo expuesto, en nombre S.M. el Rey y por la autoridad conferida en la Constitución,

FALLAMOS:

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don Evaristo contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Dieciséis de **Málaga**, en los autos sobre separación matrimonial a que dicho recurso se refiere, previa revocación parcial de la misma, debemos mantener la pensión alimenticia establecida a favor de sus hijos menores, si bien la misma quedará en suspensión mientras el recurrente permanezca en prisión y no consten bienes o ingresos con los que hacer frente a ella, alzándose la suspensión acordada automáticamente, en caso contrario.

Todo ello, sin hacer expresa condena de las costas causadas en esta alzada.

Notificada que sea la presente resolución remítase testimonio de la misma, en unión de los autos principales al Juzgado de Instancia, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída fue la anterior sentencia por el Iltrmo. Sr. Magistrado Ponente, estando constituido en Audiencia Pública, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ