



Roj: **SAP IB 2259/2013 - ECLI:ES:APIB:2013:2259**

Id Cendoj: **07040370042013100412**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **4**

Fecha: **05/11/2013**

Nº de Recurso: **206/2013**

Nº de Resolución: **425/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MIGUEL ALVARO ARTOLA FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00425/2013

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES

APELACIÓN CIVIL; SECCIÓN 4ª

Rollo nº 206/13

Autos nº 35/11

Ilmos. Sres.

Presidente: Dº Miguel Ángel Aguiló Monjo.

Magistrados: Dª María Pilar Fernández Alonso.

Dº Miguel Álvaro Artola Fernández.

SENTENCIA nº 425/2013

En Palma de Mallorca, a cinco de noviembre de dos mil trece.

VISTOS en fase de apelación por los Ilmos. Sres. referidos los autos de proceso especial de familia sobre divorcio y adopción de medidas contenciosas, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ibiza, estando el número de autos y actual rollo de Sala consignados arriba, actuando como parte demandante **-apelante** la Procuradora Dª Yolanda Beltrán Diez en nombre y representación de Dª Angelina , y con la asistencia del Abogado D. Juan Martínez Taberner, y como parte demandada- **apelada** D. Martin , no personado en esta alzada, **siendo parte el Ministerio Fiscal**; ha sido dictada en esta segunda instancia la presente resolución judicial.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Miguel Álvaro Artola Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Violencia sobre la mujer nº 1 de Ibiza en procedimiento de divorcio y adopción de medidas contenciosas, seguido con el número 35/11, del que trae causa el presente rollo de apelación, exponía en su Fallo, objeto del presente recurso, lo que literalmente se transcribirá:

"ESTIMAR SUSTANCIALMENTE la demanda de Divorcio contencioso formulada por el Procurador de libre designación Don JUAN ANTONIO LANDABURU RIERA en nombre y representación de Doña Angelina , y con la asistencia de la Dirección Letrada también de libre designación ostentada por la Abogada Doña MAITE PLANELLS GARCÍA sustituida en el acto de la vista de juicio por la otra Abogada Doña MÓNICA GUASCH FERRER



contra/frente/respecto a su esposo Don Martin , y con la asistencia de la Dirección Letrada del turno de oficio ostentada por la Abogada Doña CARMEN CORONADO ROMERO, y representado procesalmente por el Procurador/es Doña BUENAVENTURA CUCO JOSA, también del turno de oficio.

DECLARAR HABER LUGAR A LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR RAZÓN DE DIVORCIO CONTRAÍDO ENTRE AMBAS NOMBRADAS PARTES Doña. Angelina , Don. Martin el día 5 de Enero de 1991 por la causa en conformidad en el cese efectivo de la convivencia conyugal, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración, revocación de cualesquiera poderes y consentimientos otorgados por los intervinientes, inclusive ipso iure la disolución del régimen económico matrimonial que hubiere establecido entre las partes, más en concreto en el presente caso de sociedad legal de gananciales y con efectos de la fecha de 27 de Septiembre de 2010, sin perjuicio de cuanto resultare acreditado a estos efectos -inventario, inclusión o exclusión de bienes, derechos, deudas, etc.- antes y después de dicha fecha.

ACORDAR a fin de regular tal divorcio y en los efectos pertinentes a sus relaciones personales, paterno-filiales y económicas LAS SIGUIENTES MEDIDAS

PRIMERA.- GUARDA Y CUSTODIA Y VISITAS DE LOS HIJOS MENORES.

Confiar y atribuir a la madre Dña. Angelina la guarda y custodia del/los hijo/s menor/es común/es Juan Carlos y Alejandro respectivamente de quince y trece años de edad en la actualidad, sujeto/s a la patria potestad de sus padres.

Mantener las facultades que correspondan al padre Don Martin en cuanto a la patria potestad, por lo que ambos progenitores la seguirán ejerciendo conjuntamente, precisamente en materia de salud, educación, formación integral, y en cuantas decisiones afecten al interés del/los menor/es o que suponga/n un cambio de vida, tomándolas en su interés y de mutuo acuerdo.

Los padres se consultarán convenientemente sobre estos aspectos de interés de su/s hijo/s y para cuanto sea necesario para el ordenado ejercicio del derecho de visitas, no directa ni personalmente entre ellos mientras subsista ya medida cautelar ya pena de prohibición de acercamiento ni comunicación o análoga con la madre a cargo del padre, sino imperativamente a través de la interposición de cualquiera tercera persona preferentemente familiar y que además sea consanguíneo por línea paterna o materna con respecto al hijo/a los hijos, si no subsidiariamente cualquiera otra persona de libre designación o de mutua confianza de ambos progenitores, y cuando se hubiere alzado la medida cautelar o extinguido la pena a su voluntad directa y personalmente.

Queda en suspenso cualquier régimen de visitas, estancias o comunicaciones por parte del padre con el/los hijo/s menor/es, sin perjuicio ni perjuicio de nuevo pronunciamiento que proceda, a instancia de cualesquiera partes, y teniendo siempre en cuenta los intereses del/los hijo/s menor/es, mientras el padre se halle cumpliendo pena de prisión en Centro Penitenciario.

Establecer a favor del padre Don Martin en relación con su/s hijo/s menor/es Juan Carlos y Alejandro régimen de visitas, comunicaciones y estancias que se materializará en la forma que sigue a continuación:

a.- Fines de semana.

Periodicidad o frecuencia: alternancia, que será un fin de semana sí y otro no.

Inicio de vigencia o efectividad: a partir de la excarcelación del padre.

Pernoctación: Sí.

Días y horas: Desde la hora de salida del colegio o actividad escolar a que asistan los menores los viernes hasta las 19:00 horas de la tarde-noche del día domingo.

b.- Días intersemanales:

Sin previsión.

c.-Vacaciones:

Navidad-Año Nuevo-Reyes y Semana Santa:

Mitad de cada uno de estos períodos en coincidencia con las vacaciones escolares o académicas, tal que permanecerá/n los hijos menores Juan Carlos y Alejandro por igual tiempo con uno y otro progenitor. A falta de acuerdo en la elección de las mitades, serán elegidas por la madre los años pares, y el padre, los impares, de tal manera que siempre sea observada alternancia de unas y otras en la estancia del menor con uno y otro progenitores.

Verano:



Se distribuirá entre las partes, por quincenas, este período de verano en coincidencia con las vacaciones escolares o académicas, tal que permanecerá/n hijos menores Juan Carlos y Alejandro por quincenas con uno y otro progenitor, alternándose ambos en el disfrute de cada una de ellas. A falta de acuerdo, serán elegidas ya las quincenas ya las mitades ya cualesquiera otras fracciones por la madre los años impares, y el padre, los pares, de tal manera que siempre sea observada alternancia de unas y otras en la estancia del menor con uno y otro progenitores, nunca acumulándose sucesivamente en el tiempo aquellas quincenas o fracciones.

Durante los períodos vacacionales se interrumpirá el sistema de estancias y visitas los fines de semana.

e.- Condiciones del intercambio del/los menor/es a los efectos de su entrega y/o recogida y/o devolución.

Según corresponda en todas las anteriores franjas horarias y períodos de tiempo, se verificarán los intercambios, a elección de los progenitores, ya a través del Punto de Trobada Familiar d'Eivissa o equivalente, ya en lugar y a través de la interposición de cualquiera tercera persona preferentemente familiar y que además sea consanguíneo por línea paterna o materna con respecto al hijo/a los hijos, si no subsidiariamente persona de mutua confianza de ambos progenitores -librándose en su momento oficio al Punto de encuentro Familiar a los fines de la derivación en forma de la presente resolución en los particulares necesarios de su Parte Dispositiva, y que concretamente afectan a la intervención de dicho Punto de encuentro, y con indicación mínima de los extremos a la que se refiere para tal derivación el "Documento Marco De Mínimos Para Asegurar La calidad De Los Puntos De Encuentros Familiares".

SEGUNDA.- DOMICILIO FAMILIAR.

Se atribuye y mantiene en el uso y disfrute del domicilio conyugal y/o familiar sito en AVENIDA000 número NUM000 , planta NUM001 , parroquia de Sant Jordi, término municipal de San José, a la madre demandante Dña. Angelina mientras constituya el domicilio habitual de su/s hijo/s menor/es.

TERCERA.- PENSIONES POR ALIMENTOS Y CONTRIBUCIONES A LAS CARGAS FAMILIARES.

Concepto/s y cuantía/s.

Se señala en concepto de contribución para el sostenimiento, educación, alimentación y formación integral de los hijos menores Juan Carlos y Alejandro la cantidad de SESENTA EUROS (60 ?) durante el tiempo de permanencia en Centro Penitenciario del padre obligado y los dos siguientes meses naturales y con efectos desde el mes de Noviembre de 2010 la efectividad de cuyo pago queda igualmente suspendida durante dicho período de tiempo de ingreso en Centro Penitenciario más dos meses sin perjuicio del que transcurrido dicho período pudiera instar su reclamación por cualquier vía la parte acreedora o en cualquier momento incluirlo como crédito a su favor en el procedimiento o acuerdo liquidatorio de la sociedad legal de gananciales, y en la cantidad de DOSCIENTOS EUROS (200 ?) a partir de entonces en cómputo mensual como auxilio económico o pensión por alimentos que deberá satisfacerse a cargo del padre Don Martin a favor de su/s hijo/s y por cada uno de ellos, con carácter anticipado los primeros cinco días de cada mes, y a hacer efectiva por ingreso en la cuenta corriente o libreta bancaria que al efecto se designe por la madre.

También se señala en concepto de contribución para el levantamiento de las cargas familiares a cargo de la parte demandada Don Martin la obligación de abonar por mitad las cuotas mensuales de amortización del préstamo hipotecario actualmente de número NUM002 que concertado con la Entidad CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO grava la vivienda de la que una y otra parte son titulares, con carácter ganancial, sita en Calle CARRETERA000 , Planta NUM003 , Puerta NUM004 , de Baza (Granada); así como las sendas cuotas correspondientes a otros dos préstamos personales concertados por ambas partes también con la Entidad CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO en la actualidad de número NUM005 y de número NUM006 hasta la completa amortización de sus saldos; efectividad de cuyo pago queda igualmente suspendida durante dicho período de tiempo de ingreso en Centro Penitenciario más dos meses sin perjuicio del que transcurrido dicho período pudiera instar su reclamación por cualquier vía la parte acreedora o en cualquier momento incluirlo como crédito a su favor en el procedimiento o acuerdo liquidatorio de la sociedad legal de gananciales.

Revisión anual.

La cantidad fijada por dicha pensión por alimentos será actualizable anualmente, a la que se repercutirán los incrementos o decrementos que experimente el coste de vida, según los Índices generales de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística para Baleares u organismo similar que le sustituya o equivalente para la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

Gastos extraordinarios

Dentro de la anterior cifrada pensión por alimentos, no se incluyen los gastos extraordinarios, que son los que se produzcan en el desarrollo y crecimiento del/los menor/es antes nombrado/s mientras sea/n dependiente/s



económicamente, como, por ejemplo y en relación no cerrada, los relativos a gastos médicos no cubiertos ya de ordinario por el Sistema Público de Salud de la Seguridad Social ya por algún aseguramiento privado que hubiera/ n concertado alguno o los dos progenitores, como prótesis ópticas o dentales, o cualquier otro gasto sanitario análogo no cubierto; gastos relacionados con la actividad escolar o extraordinarios fuera de la actividad escolar reglada, como, por ejemplo, libros y demás material escolar, clases de recuperación, clases en academias de idiomas, informática, etc.; a gastos de ocio y para la mejor formación integral del/los hijo/s menor/es, como, por ejemplo, deportes, campamentos o escuelas de verano, etc.; y cualesquiera otros análogos o semejantes.

Será preciso previo acuerdo de uno y otro progenitores -salvo supuesto de urgencia vital con prescripción médica-, o intervención judicial mediante, en cualquier forma, y con las intercomunicaciones que sean precisas en la misma forma como se prevé para el ejercicio de la patria potestad con la intervención de tercera persona preferentemente familiar si no de mutua confianza y aceptación de ambos si hubiera medida o pena vigente de prohibición de comunicación ni aproximación.

Los anteriores gastos deberán ser atendidos por mitades iguales a cargo de ambos progenitores, en su caso debiendo el progenitor que corresponda abonar al pagador el 50% restante contra recibo justificativo del gasto dentro del mes siguiente a su devengo.

Todo ello sin perjuicio de lo demás que pudiera determinarse en ejecución de Sentencia o por modificación de las medidas definitivas por alteración sustancial de las circunstancias como cese de aquéllas que han motivado las presentes medidas.

NO SE HACE EXPRESO NI ESPECIAL pronunciamiento en las causadas en esta litis."

SEGUNDO.- *Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma, el cual correspondió a esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Baleares. Dicho recurso fue instado por la representación procesal de la parte actora, y se fundó en las alegaciones que se resumirán:*

La pensión de alimentos fijada en la Sentencia en CUATROCIENTOS EUROS (400 euros mensuales es insuficiente para la manutención de los dos hijos menores de edad. Esta parte, en conformidad con el suplico de la demanda, interesó una pensión DOSCIENTOS CINCUENTA EUROS por cada uno de los hijos, esto es, una cantidad de QUINIENTOS EUROS MENSUALES, una cantidad que se estima necesaria y adecuada para la manutención de dos hijos menores de corta edad y a los gastos más elementales par su sustento. A mayor abundamiento, menciona que se ha otorgado al demandado y padre no custodio un régimen de visitas muy limitado, esto es, únicamente los fines de semana alternos y en consecuencia, es mi representada que asume todos los gastos de manera casi constante durante 26 días cada mes, resultando la cantidad interesada totalmente adecuada y proporcional. No es de aplicación y carece de relevancia el hecho y fundamentación que determina la sentencia, esto es, que el demandado se encuentre en prisión o haya perdido su puesto de trabajo, puesto que ello no evita las necesidades de los hijos y que su entorno social y económico no se vea alterado ni disminuido y que deba ser mantenido en todo caso. A mayor abundamiento, y como esta parte ya anunció en su demanda, esta necesidad de contribuir a la pensión de alimentos no puede ser disminuida o alterada por el hecho que el demandado haya ingresado en prisión por, además, la comisión de un delito doloso. Los hijos menores tienen igualmente sus necesidades y sus gastos no se ven disminuidos por esa circunstancia del padre. Por ello, esta parte muestra su disconformidad con el hecho y por el establecimiento por parte de la Sentencia que se fije la pensión en SESENTA EUROS (60 ?) al mes durante el tiempo de permanencia en el centro penitenciario ampliándose a 2 meses puesto que, como se reitera, ello no atiende a las necesidades imperiosas y preferentes de los menores. La cuantía de los alimentos es fijada en atención a las necesidades de quien los recibe. En consecuencia, esta parte solicita y apela a que se establezca una pensión de alimentos de QUINIENTOS EUROS mensuales en conformidad con el suplico de la demanda interpuesta.

Esta parte en la demanda expuso una amplia Jurisprudencia al efecto que se tiene por reproducida en este momento, por cuanto la privación de libertad del demandado, no constituye una causa que determine la suspensión de la prestación alimenticia dado su carácter ineludible.

Esta parte también muestra su oposición con el establecimiento de las medidas en concepto de contribución para el levantamiento de las cargas familiares por cuanto, la Sentencia ahora recurrida, determina una efectividad suspendida durante el tiempo de permanencia del demandado en prisión más 2 meses.

La suspensión acordada por la resolución coloca a mi mandante en una posición de total desamparó y desequilibrio jurídico y en una posición de total indefensión para los terceros acreedores. Esta parte entiende que la comisión de un delito doloso por parte del demandado no le puede exonerar de sus obligaciones contraídas con terceros, este caso, con los terceros prestamistas, y en ningún caso, además, no puede hacer soportar económicamente a mi mandante las repercusiones negativas que ese incumplimiento supone, debiendo afrontar en exclusiva más gastos y contribuyendo desigualmente al levantamiento de las cargas familiares, provocando



un total desequilibrio en mi mandante y el demandado. Por ello, esta parte se opone a la suspensión de la efectividad de estas medidas, solicitando su inmediata aplicación sin ningún tipo de suspensión.

En su virtud, la parte apelante terminó suplicando " *Que teniendo por presentado el presente escrito junto con sus documentos y copias de todo ello, se sirva admitirlo y tener por interpuesto RECURSO DE APELACIÓN, en tiempo y forma, contra la Sentencia n° 4/2012 de este Juzgado.*"

TERCERO.- La representación procesal de la parte apelada se opuso a los motivos del recurso en base a las alegaciones que se resumirán:

· las medidas de carácter pecuniario que se han acordado por el Juzgado en el caso, en orden a la pensión de alimentos y el levantamiento de las cargas se han fijado en atención a las circunstancias concurrentes del caso, teniendo en cuenta la falta del ingresos del Sr. Martin , el cual se halla ingresado en prisión, no realiza ningún trabajo remunerado ni figura como beneficiario de una prestación/subsidio de desempleo.

Siendo que la pensión de alimentos a favor de los hijos tiene como criterios para la fijación de su pensión la fortuna del alimentante y el las necesidades del alimentista, dado que en el presente caso el padre se encuentra en una situación económica pésima, tiene pleno sentido que sus hijos vean su pensión de alimentos reducida mientras el mismo se encuentre en prisión, sin perjuicio de que cuando el padre tenga una posición económica más desahogada, tal y como se recoge en la sentencia recurrida, tengan también pleno sentido que se vean favorecidos por ella sus hijos menores de edad y que por tanto puedan ver satisfechas unas necesidades que durante la etapa de armonía familiar no les fueron negadas.

En su virtud, la parte apelada terminó suplicando que, previos los trámites legales oportunos, " *se dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso de apelación planteado de contrario, confirmándose la Sentencia objeto de apelación en todos sus extremos, con expresa imposición de las costas a la adversa.*"

CUARTO.- Por su parte, el Ministerio Fiscal se opuso a los motivos del recurso por considerar que la resolución de instancia era ajustada a Derecho, por sus propios fundamentos.

ÚLTIMO .- No siendo propuesta prueba en esta fase de apelación por ninguna de las partes del litigio, se siguió el recurso con arreglo a los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedando el rollo de apelación concluso para dictar sentencia en esta alzada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que es objeto del recurso, en lo que no se opongan a los que se dirán.

PRIMERO.- En la demanda instauradora del presente litigio, la parte actora, D^a Angelina , accionaba contra su esposo, D. Martin , solicitando el divorcio respecto del matrimonio contraído en fecha 5 de enero de 1991, del que nacieron dos hijos, Juan Carlos y Alejandro, respectivamente nacidos en fechas NUM007 .97 y NUM008 .99, solicitando la adopción de las medidas correspondientes.

El demandado se manifestó conforme con la petición de divorcio y con la asignación de la guarda y custodia a la madre, con patria potestad compartida, así como con las medidas referentes a las visitas y la atribución del domicilio familiar a la madre, con disolución del régimen económico matrimonial; no obstante, se opuso en cuanto a la pensión de alimentos, solicitada por la madre en la suma de 500.-? mensuales (es decir, 250.-? para cada hijo) y al pago de la mitad de los gastos extraordinarios.

La sentencia de instancia declaró el divorcio, con las siguientes medidas: atribuir a la madre, D^a Angelina , la guarda y custodia de los hijos menores, Juan Carlos y Alejandro, sujetos a la patria potestad de sus padres; estableciendo un régimen de visitas, pero dejándolo en suspenso mientras el padre se hallase cumpliendo pena de prisión en Centro Penitenciario; asignar el uso y disfrute del domicilio conyugal, sito en la AVENIDA000 número NUM000 , planta NUM001 , parroquia de Sant Jordi, término municipal de San José, a la madre mientras constituya el domicilio habitual de sus hijos menores; señalar, en concepto de contribución para el sostenimiento, educación, alimentación y formación integral de los hijos menores la cantidad de SESENTA EUROS (60.-?) durante el tiempo de permanencia en Centro Penitenciario por parte del padre, y los dos siguientes meses naturales y con efectos desde el mes de noviembre de 2010, añadiendo que: "... la efectividad de cuyo pago queda igualmente suspendida durante dicho período de tiempo de ingreso en Centro Penitenciario más dos meses sin perjuicio del que transcurrido dicho período pudiera instar su reclamación por cualquier vía la parte acreedora o en cualquier momento incluirlo como crédito a su favor en el procedimiento o acuerdo liquidatorio de la sociedad legal de gananciales"; y en la cantidad de DOSCIENTOS EUROS (200.-?) a partir de entonces, en cómputo mensual, con carácter anticipado los primeros cinco días de cada mes, por ingreso en la cuenta corriente o libreta bancaria que al efecto se designe por la madre; señala, en concepto de contribución



para el levantamiento de las cargas familiares a cargo de la parte demandada, D. Martín, la obligación de abonar por mitad las cuotas mensuales de amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda, de la que una y otra parte son titulares con carácter ganancial, sita en Calle CARRETERA000, Planta NUM003, Puerta NUM004, de Baza (Granada); así como las cuotas correspondientes a otros dos préstamos personales concertados por ambas partes (también con la Entidad CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO) hasta la completa amortización de sus saldos, añadiendo, asimismo: "... *efectividad de cuyo pago queda igualmente suspendida durante dicho período de tiempo de ingreso en Centro Penitenciario más dos meses sin perjuicio del que transcurrido dicho período pudiera instar su reclamación por cualquier vía la parte acreedora o en cualquier momento incluirlo como crédito a su favor en el procedimiento o acuerdo liquidatorio de la sociedad legal de gananciales.*" ; y señalando que la contribución a los gastos extraordinarios será por mitades y a cargo de ambos progenitores. Todo consta literalmente en el Fallo de la sentencia de instancia, transcrito en el Antecedente primero de la presente resolución.

Frente a dicha resolución fue interpuesto recurso de apelación en los términos concretados en el Antecedente de Hecho Segundo de la presente resolución, oponiéndose la apelada en base a las alegaciones reflejadas en el Antecedente de Hecho Tercero, y concordándose la sentencia por el Ministerio Fiscal, tal y como también se reflejó en los Antecedentes.

SEGUNDO.- Entrando ya a resolver los motivos del recurso de apelación, la representación procesal de la parte apelante aboga por la no suspensión del pago de la pensión de alimentos. Suspensión que, como se ha visto, fue acordada en la Medida Tercera del Fallo de la sentencia de instancia, en la que, con la rúbrica de " *TERCERA.- PENSIONES POR ALIMENTOS Y CONTRIBUCIONES A LAS CARGAS FAMILIARES.*" , se dispuso una pensión de alimentos de SESENTA EUROS (60.-?) mensuales para ambos hijos durante el tiempo de permanencia en Centro Penitenciario del padre, así como los dos siguientes meses naturales, y ello con efectos desde el mes de noviembre de 2010, no obstante, se suspendió su pago durante dicho período de tiempo de ingreso en Centro Penitenciario más dos meses, sin perjuicio de que, transcurrido dicho período, pueda instarse su reclamación por la acreedora, o en cualquier momento incluirlo como crédito a su favor en el procedimiento o acuerdo liquidatorio de la sociedad legal de gananciales; y, asimismo, se dispuso que, una vez transcurridos dos meses desde la salida de prisión, la pensión sería de 400.-? mensuales actualizables (200.-? para cada hijo), a abonar anticipadamente dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que señale la madre.

Sosteniendo al respecto la apelante que la pensión de alimentos fijada en la sentencia es insuficiente para la manutención de los dos hijos menores de edad; por lo que se interesa que, de conformidad con el suplico de la demanda, se acuerde una pensión doscientos cincuenta euros para cada uno de los hijos, esto es, una cantidad total de quinientos euros mensuales; cantidad que la apelante considera necesaria y adecuada para la manutención de dos hijos y para los gastos más elementales necesarios para su sustento; más aún -añade la apelante- cuando el régimen de visitas es muy limitado, por lo que la madre asume todos los gastos de manera casi constante durante 26 días cada mes; y considerando no determinante el que el demandado se encuentre en prisión, ya que eso no evita las necesidades de los hijos y la necesidad de que su entorno social y económico no se vea alterado ni disminuido, debiendo ser mantenido en todo caso.

En dicho marco apelatorio debe recordar la Sala que, ciertamente, como se ha venido manifestado en plurales ocasiones conforme a reiterada jurisprudencia analizando los arts. 142, 144, 146 y 147 del Código Civil, la cuantía de los alimentos, además de tener que ser proporcionada al caudal y medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, debe acomodarse al hecho de que se trata de una prestación informada por artículos 39.2 y 3 de la Constitución Española, en los que, con carácter de principio rector de la política social y económica se consagra la responsabilidad de los poderes públicos en la protección integral de los hijos y el deber de asistencia de todo orden a los hijos con cargo a los padres. Principio constitucional que debe informar la pauta de actuación e interpretación de Jueces y Tribunales a la hora de enjuiciar supuestos como el presente, tal y como se determina en el artículo 53.3 del citado Texto Fundamental, subrayando así el Legislador la excepcional atención que debe prestarse por parte de estos órganos cuando lo que está en juego es el deber de asistencia alimenticia de los padres para con sus hijos. Disponiendo el artículo 39.3 de la Constitución que los padres deberán prestar asistencia en todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante la minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda, siendo el mandato constitucional claro y no dejando resquicios a posibles abdicaciones del deber impuesto, pues en la propia disposición de la Carta Magna se observa su imperatividad, de modo que su cumplimiento no puede ser sometido a condición, a cualquier suerte de compensación, ni mucho menos al arbitrio de la parte obligada. No es, por tanto, tal y como ha señalado anteriormente esta Sala, argumento decisivo para eximir de la obligación asistencial o minimizar la cuantía exigible a los progenitores respecto de sus hijos, afirmar que se carece de ocupación laboral estable o permanente, que es irregular, atípica o que eventualmente provenga de la economía sumergida, pues ello no determina necesariamente su nivel de ingresos económicos, ni mucho menos le exime de la prestación asistencial que la Constitución le impone. No siendo amparable en Derecho que, so pretexto de una falta de



medios no demostrada, o cuando menos dudosa, se intente eludir tal obligación, pues estamos instalados en una disciplina jurídica *supralegal*, cuya aplicación no puede ser eludida. Por ello, y de conformidad con los anteriores argumentos, la Sala ha alcanzado la conclusión de fijar, cuando menos, una cuantía de *alimentos mínimos*, la cual, obviamente, oscila a tenor de todos los parámetros fácticos concurrentes en el caso concreto; si bien los sitúa, en casos de importante escasez, en la recomendación de una suma normalmente no inferior a los 150.-? mensuales, actualizables, para cada hijo.

En dicho sentido, y tal y como recuerda la defensa de la parte apelante, el hecho de estar en prisión no puede ser, por sí mismo, una excepción a la obligación de pago de la pensión de alimentos, pues el fin único de estas medidas es el bienestar de los hijos menores, no del padre o de la madre, sino de los hijos menores. Resultando también oportuno recordar al respecto que, de modo uniforme, la jurisprudencia interpreta que las medidas relativas al cuidado y educación de los hijos en situaciones de ruptura de la convivencia, sea matrimonial o de hecho, entre sus progenitores, han de estar inspiradas por el principio, elevado a rango constitucional (ex art. 39 de la Constitución Española), del "*favor filii*", procurando ante todo el beneficio o interés material y moral de los mismos en orden a su desarrollo personal y a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima incluso de los legítimos intereses de sus progenitores. Dicho principio, que no pretende otra cosa que la protección integral y preferente de los hijos menores, aparece también proclamado en diversos Convenios y Tratados Internacionales, como La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1959, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo, Resolución A3-0172/92, así como en los arts. 2 y 11.2 a) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero 1996 de Protección Jurídica del Menor; y constituye un criterio teleológico de interpretación normativa expresamente reconocido en los arts. 92, 96 y 103, entre otros, del Código Civil, criterio que debe presidir siempre la aplicación de la Ley a tales conflictos.

Ahora bien, en orden a resolver la singular problemática suscitada, la circunstancia de hallarse en prisión el demandado, si bien no conlleva una suspensión del pago de los alimentos -establecida en primera instancia-, especialmente al no justificarse por el apelado, que ni siquiera lo alega, la imposibilidad de realizar actividad alguna remunerada en prisión; sí aconseja situar a partida a 120.-? mensuales por hijo, los cuales, una vez abandonada la prisión, se elevarán a la cifra otorgada en primera instancia, fijada en la suma de 200.-? por hijo, al no poderse preestablecer en tal momento cuáles serán los ingresos, y habida cuenta que la citada partida ya supera la estandarizada cifra de los 150.-? mínimos.

Todo lo cual determina la estimación parcial del recurso de apelación.

TERCERO.- Seguidamente, con relación a la segunda petición del recurso, en ella la parte apelante muestra también su oposición respecto de las medidas relativas a la contribución para el levantamiento de las cargas familiares, por cuanto la sentencia determina que su efectividad será suspendida durante el tiempo de permanencia del demandado en prisión más 2 meses. Lo que, en la consideración de la parte apelante, coloca a la actora en una posición de total desamparo y desequilibrio jurídico y de indefensión para los terceros acreedores; afirmando que la comisión de un delito doloso por parte del demandado no le puede exonerar de sus obligaciones contraídas con terceros, en este caso, con los terceros prestamistas; y concluyendo que en ningún caso se puede hacer soportar económicamente a la actora las repercusiones negativas que ese incumplimiento supone, por lo que "*...se opone a la suspensión de la efectividad de estas medidas, solicitando su inmediata aplicación sin ningún tipo de suspensión.*".

Al respecto, la sentencia dispuso en su Fallo, con la rúbrica de "**TERCERA.- PENSIONES POR ALIMENTOS Y CONTRIBUCIONES A LAS CARGAS FAMILIARES.**", lo siguiente: "*También se señala en concepto de contribución para el levantamiento de las cargas familiares a cargo de la parte demandada Don Martin la obligación de abonar por mitad las cuotas mensuales de amortización del préstamo hipotecario actualmente de número 2090-6405-0-4- 9600023086 que concertado con la Entidad CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO grava la vivienda de la que una y otra parte son titulares, con carácter ganancial, sita en Calle CARRETERA000, Planta NUM003, Puerta NUM004, de Baza (Granada); así como las sendas cuotas correspondientes a otros dos préstamos personales concertados por ambas partes también con la Entidad CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO en la actualidad de número NUM005 y de número NUM006 hasta la completa amortización de sus saldos; efectividad de cuyo pago queda igualmente suspendida durante dicho período de tiempo de ingreso en Centro Penitenciario más dos meses sin perjuicio del que transcurrido dicho período pudiera instar su reclamación por cualquier vía la parte acreedora o en cualquier momento incluirlo como crédito a su favor en el procedimiento o acuerdo liquidatorio de la sociedad legal de gananciales.*"

En dicho sentido, la Sala considera que no cabe tal pronunciamiento suspensivo de tales obligaciones contractuales al afectar a acreedores ajenos al litigio. Además, entiende también, como se ha venido considerando en resoluciones anteriores, por ejemplo la sentencia recaída en el Rollo de Sala nº 199/13, en fecha quince de octubre de dos mil trece, lo siguiente:



" En dicho sentido, tal y como ha venido declarando la Sala, cual es el caso de la sentencia recaída en el rollo nº 16/10, de fecha, dos de noviembre de dos mil diez , en la que, a su vez, se hacía referencia a la recaída en el rollo nº 116/10, de catorce de septiembre de dos mil diez; con carácter general, las cargas del matrimonio, objeto de regulación legal en los artículos 103 y 91 del Código Civil , están referidas al momento previo a la ruptura del vínculo matrimonial, siendo ello debido a que presuponen la existencia del matrimonio del que son consecuencia necesaria, desapareciendo después, por la propia disolución del vínculo matrimonial a través de la declaración de divorcio, las necesidades comunes e individuales de los esposos e hijos derivadas del matrimonio propiamente dicho; de forma que las necesidades que puedan concurrir después tienen su adecuado encaje y solución en otras instituciones, como la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil y la de alimentos de los hijos del 93 de dicho texto legal; la primera no solicitada en estos autos y la segunda ya valorada aparte en el presente litigio al ir inmersa en la guarda y custodia establecida. En consecuencia, la resolución de instancia debe ser confirmada en este punto, puesto que no ha lugar a adoptar en el presente procedimiento medida alguna con relación al pago de préstamos, bien entendido que la obligación de pago de estos ha de estar informada por los términos del propio contrato; ni respecto de la reclamación de dominio sobre bienes muebles o subsidiaria reclamación de cantidad, por ser también cuestiones ajenas al debate litigioso. Todo ello, sin perjuicio de las acciones que, en su caso, pudieran corresponder a las partes al respecto."

Asimismo, por presentar alguna relación con dicha conclusión, cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28/3/2011 , en la cual se discutía por el recurrente si el préstamo hipotecario se encuentra comprendido dentro del concepto de cargas del matrimonio del art. 91 CC , pues la sentencia recurrida en casación imponía el pago de las cuotas del préstamo hipotecario en una proporción desigual para cada uno de los cónyuges, alterando el carácter solidario con el que cada uno de los prestatarios se obligaron frente a la entidad prestamista. Fijando el Tribunal Supremo, en el Fundamento Jurídico Tercero de dicha sentencia, la doctrina siguiente:

"En consecuencia de los anteriores razonamientos, la Sala formula la siguiente doctrina: el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362, 2º CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 CC ."

Además, en el caso de autos, la vivienda hipotecada no tiene la condición de vivienda familiar. Por lo tanto, si bien se deja sin efecto la suspensión acordada en la sentencia de instancia respecto del pago, por parte del demandado, de los préstamos personales y del préstamo hipotecario, pues son cuestiones ajenas a la litis, no pudiendo acordarse aquí tal suspensión; sin embargo, entiende la Sala que tampoco procedería hacer pronunciamiento alguno respecto de la condena al pago de dichos préstamos, por no considerarse ya tales cuestiones como enmarcables dentro de la contribución a las cargas del matrimonio (más aún cuando la vivienda hipotecada en autos ni siquiera es la vivienda familiar); bien entendido que dichas obligaciones contractuales deberían vincular a las partes únicamente con arreglo a lo contractualmente pactado. No obstante, habida cuenta que más allá del levantamiento de la suspensión, dejar sin efecto el resto del pronunciamiento judicial iría en contra del principio de la prohibición de la " *reformatio in peius*" (art. 456.1 y 465.4 LEC), no procede hacer ningún otro pronunciamiento al respecto.

ÚLTIMO.- Al estimarse parcialmente el recurso de apelación no ha lugar a hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas procesales devengadas en esta alzada; todo ello en aplicación de los artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

VISTOS los preceptos legales citados, concordantes, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por D^a Angelina , y en su representación la Procuradora de los Tribunales D^a Yolanda Beltrán Diez, frente a la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Violencia sobre la mujer nº 1 de Ibiza en procedimiento de divorcio y adopción de medidas contenciosas seguido con el número 35/11, del que trae causa el presente rollo de apelación, **DEBEMOS ACORDAR Y ACORDAMOS:**

1) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de instancia en cuanto a la Medida señalada en el Fallo como " **TERCERA**", de la cual únicamente se mantiene intacta la redacción de lo relativo a los "Gastos Extraordinarios" (no cuestionados en la alzada); **ACORDANDO** , en cuanto al resto de sus contenidos, los pronunciamientos siguientes:

- Lo relativo a los alimentos queda redactado del modo siguiente:



Se establece, en concepto de pensión de alimentos con cargo al padre, D. Martín , y respecto de los dos hijos comunes, la suma total de doscientos cuarenta euros (240.-?) mensuales durante el tiempo de permanencia de éste en el Centro Penitenciario, con efectos desde el mes de noviembre de 2010.

A partir de la salida de la prisión se fija, por dicho concepto, la cantidad total de cuatrocientos euros (400.-?) mensuales.

Dichas partidas se abonarán con carácter anticipado, dentro de los primeros cinco días de cada mes, por ingreso en la cuenta corriente o libreta bancaria que al efecto se designe por la madre; siendo actualizadas a primero de enero de cada año, conforme a las oscilaciones del Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pudiera sustituirle en dicho cometido.

- En lo relativo a la obligación de pago de los préstamos, se deja únicamente sin efecto el pronunciamiento suspensivo, manteniendo el resto de pronunciamientos contenidos en dicha Medida TERCERA.

2) CONFIRMAR el resto de los pronunciamientos de instancia, no apelados en la alzada.

3) No hacer pronunciamiento alguno en materia de costas procesales.

Recursos.- Conforme el art. 466.1 de la L.E.C . 1/2000, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella. Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la sentencia, debiendo estar suscrito por Procurador y Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal (Ley 37/11, de 10 de octubre). No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno. Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre , el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta Sección cuarta de la Audiencia Provincial, nº 0494, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Sr. Miguel Ángel Aguiló Monjo Sra. María Pilar Fernández Alonso Sr. Miguel Álvaro Artola Fernández

PUBLICACIÓN

Extendida y firmada que ha sido la anterior resolución por los Ilmos. Srs. Magistrados indicados en el encabezamiento, procédase a su **no** tificación y archivo en la Secretaría del Tribunal, dándosele publicidad en la forma permitida u ordenada por la Constitución y las leyes, todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Doy fe.