



Roj: **SAP O 1632/2014 - ECLI:ES:APO:2014:1632**

Id Cendoj: **33044370062014100153**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **23/06/2014**

Nº de Recurso: **148/2014**

Nº de Resolución: **148/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ELENA RODRIGUEZ-VIGIL RUBIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

OVIEDO

SENTENCIA: 00148/2014

RECURSO DE APELACION (LECN) 148/14

En OVIEDO, a veintitrés de Junio de dos mil catorce. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por, los Ilmos. Srs. D^a María Elena Rodríguez Vígil Rubio, Presidente, D. Jaime Rianza García y D^a Marta M^a Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA Nº 148/14

En el Rollo de apelación núm. 148/14, dimanante de los autos de juicio civil Modificación de Medidas, que con el número 365/13 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Avilés, siendo apelante **DON Eulogio**, demandante en primera instancia, representado por el Procurador DON RAFAEL COBIAN GIL-DELGADO y asistido por la Letrada DOÑA MARIA LUISA NEVADO CARBAJO; y como parte apelada **DOÑA Matilde**, demandada en primera instancia e impugnante, representada por la Procuradora DOÑA MARIA ELENA CIMENTADA PUENTE y asistida por la Letrada DOÑA MARIA BELEN ARIAS BULNES; **EL MINISTERIOFISCAL**, en la representación que le es propia; **ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña María Elena Rodríguez Vígil Rubio.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Avilés dictó Sentencia en fecha 6-2-2014 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando sustancialmente la demanda interpuesta por el procurador Sr. Raposo Albuerne en nombre y representación de D. Eulogio, contra D^a Matilde, se acuerda la modificación de las medidas definitivas establecidas en la sentencia de fecha 16 de abril de 2009 en los términos que se especifican en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución que se da por reproducido. No procede la condena en costas de ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del cual se dio el preceptivo traslado a las demás partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 18 de Junio de 2014.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia, tras apreciar la existencia de un cambio sustancial de circunstancias en el progenitor no custodio, minoró la cuantía de la pensión de alimentos que, en la sentencia previa de divorcio, de fecha 16 de abril de 2009, había sido fijada a favor del hijo común Nemesio, que hoy



tiene 9 años, en 300, fijándola en lo sucesivo en la cantidad de 150 , ello al estimar que pese a carecer de ingreso alguno el padre en este momento, no podía dejar de abonar lo que denomina un " mínimo vital" que cifro en la citada cuantía.

Recurren tal pronunciamiento ambas partes, lógicamente con planteamientos divergentes, en cuanto el actor, vía recurso principal pretende se suspenda esa obligación por su parte de contribuir a las necesidades de alimentación del hijo común desde la fecha de presentación de la demanda, y la madre custodia, vía impugnación, se deje sin efecto la minoración al reputar que no ha existido cambio de circunstancias, en cuanto su actual situación de desempleo sin cobro de prestaciones a su juicio es igual a la que existía en la fecha en que se aprobaron las medidas en la sentencia de divorcio, según estima resulta del historial de vida laboral activa del actor obrante en autos, y sería en todo caso meramente coyuntural, por lo que teniendo en cuenta la edad y experiencia profesional del actor, estima que está en disposición de trabajar e implicarse en la búsqueda de empleo, al no haber acreditado documentalmente el problema que para ello representa su actual estado de salud.

SEGUNDO.- Esta Sala tiene declarado con reiteración, recogiendo la jurisprudencia del TS (Cf. La doctrina contenida en sus sentencias de 16 de julio de 2002 y 5 de octubre de 1993 , entre otras, interpretando el Art. 146 del CCivil) que la obligación de prestar alimentos a los hijos menores, tiene unas características peculiares que la distinguen de las restantes deudas alimentarias legales entre parientes, una de cuyas manifestaciones mas específicas alcanza a la cuantía, en cuya determinación debe superarse la pauta ordinaria de alcanzar exclusivamente a los indispensables para hacer frente a las necesidades, debiendo seguirse criterios de mayor amplitud en beneficio de los menores.

La cuantía ha de fijarse por ello teniendo en cuenta el nivel económico de la familia en sintonía con el interés público de protección de la infancia que subyace en esta, como en el resto de las instituciones que regulan las relaciones paterno-filiales.

Ahora bien, aun cuando esta obligación de dar alimentos a los hijos es un deber natural de primer rango y por ello la ley trata de rodearla de las mayores garantías de efectividad, anticipando por ejemplo, como se recoge en la reciente sentencia de esta Sala de 7 de octubre próximo pasado, su exigibilidad al momento de interponer la demanda (art. 148 del CCivil), sustrayéndolo a la libre disposición de las partes (art. 151 de ese mismo texto legal), suprimiendo las restricciones impuesta al embargo de salarios (art. 608 de la LEC) o configurándolo como deuda de la masa del concurso(art. 47 de la Concursal), con todo y con ello, por mucho que estemos ante un deber natural y legal de primera orden que deriva del propio hecho de la filiación, la fijación de una prestación alimenticia o la continuidad de la previamente fijada requiere que el obligado a prestarlos tenga medios y bienes suficientes para atender a los alimentos sin descuidar sus propias necesidades, como así resulta de lo dispuesto en el art. 152 del CCivil, en el que se contempla como causa extinción, que se convierte en causa de inexigibilidad o suspensión cuando concurra en el momento de ser reclamados, aquel supuesto en que la fortuna del obligado a darlos sea inexistente o se hubiera reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades.

En definitiva aunque esta obligación de prestar alimentos a los hijos se constituye en un deber inexcusable, y así se deduce del propio art. 93 del CCivil, en el que imperativamente se previene la obligación del Juez de determinar la cuantía de esa contribución, ello no obstante, conciliando dicha previsión con las ya citadas de los arts. 146 y 152 del propio Código Civil , resulta que esa imperatividad en el pago de la pensión de alimentos a los hijos, no puede reputarse tan absoluta para obligar en todo caso bien a su fijación inicial bien a su mantenimiento posterior, en aquellos supuestos en que conste acreditado en autos que el progenitor a quien se reclaman carece de ingresos o estos son tan reducidos que no alcanzan a cubrir siquiera sus propias necesidades, que vienen siendo atendidas por sus familiares, amigos o actual pareja sentimental como es el caso, pues en tales supuestos, esa carencia se convierte evidentemente en una causa de fuerza mayor que impide incluso la fijación del denominado mínimo vital, al convertirse en una prestación imposible, justificando no la extinción de esta obligación, que debe ser mantenida, sino a suspender su efectividad en tanto subsista la situación de carencia de ingresos y precariedad económica en el obligado al pago.

TERCERO.- Pues bien en este caso esa situación de absoluta carencia de ingresos en el padre no custodio ha de reputarse acreditada con la prueba documental obrante en autos, en cuanto es extremo que resulta tanto de la certificación de la TGSS, en la que se refleja su historial de vida activa, en donde consta que desde el mes de julio de 2013, se encuentra en situación de baja, sin percepción de prestaciones al menos desde el 18 de septiembre del mismo año, según resulta de la también certificación el INEM adjuntada con la demanda, situación de absoluta carencia de ingresos que no concurría en la fecha del divorcio, ya que entonces las altas y bajas laborales del citado eran constantes, por lo que entre las mismas, presumiblemente percibía prestaciones de desempleo que justificarían la fijación inicial de la pensión.



El cambio de circunstancias, es evidente, con solo confrontar los periodos en activo que el actor tenia en aquel momento en el actual, y venga o no determinado el mismo por la existencia de la enfermedad que afirma padecer, en extremo que ratifico en el acto del juicio su actual pareja sentimental, aunque sobre el alcance de tal enfermedad, inexplicablemente no se aporó justificación documental, lo cierto es que en la actualidad la carencia de ingresos es absoluta, teniendo que hacer frente a sus necesidades ésta ultima, razón por la que debe reputarse justificada la suspensión que se pretende, en tanto esa situación de absoluta carencia de ingresos se mantenga, sin perjuicio de que, como ya acuerda la recurrida, proceda establecer, para el momento en que comience a percibir cualquier tipo de ingresos bien por su trabajo bien por el cobro de cualquier prestación o pensión de invalidez, su contribución a los alimentos del hijo común en el 20% de los mismos.

Debe por ello acogerse en este punto el recurso principal y desestimarse la impugnación.

CUARTO.- Lo que no puede accederse es a la retroacción de esta suspensión, como se pretende a la fecha de presentación de la demanda, toda vez que conforme a lo dispuesto en los arts. 106 del CCivil y 774.5 de la LEC, esta resolución es constitutiva y despliega sus efectos desde el momento en que se dicta. Incluso el párrafo segundo del art. 148, permite concluir un criterio contrario a dicha retroactividad, al prohibir devolver lo que el alimentista o sus herederos hubieran percibido en tal concepto. Por otra parte es generalizado el criterio en el ámbito de los tribunales contrario a la retroacción, a salvo supuestos excepcionales en que se aprecie, bien un abuso de derecho, bien un enriquecimiento injusto, que aquí ni se ha invocado ni puede reputarse concurrente en el beneficiario de los alimentos.

Avala igualmente este criterio negativo a la retroacción, el hecho de que en este ámbito de los alimentos derivados de crisis matrimoniales, existe un tratamiento procesal especial, art. 775.3 L.E.Civil, que contempla la posibilidad de solicitar medidas previas o coetáneas a la demanda, precisamente para que, con carácter de urgencia, puedan adaptarse las mismas a la nueva situación, que pudiendo ser utilizado por el recurrente en este caso no ha sido instado.

QUINTO.- El recurso por ello del actor se estima en forma parcial lo que determina no proceda hacer expreso pronunciamiento acerca de las costas causadas en esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 2º de la L.E.Civil.

En cuanto a la impugnación de la madre custodia, pese a rechazarse no se hace tampoco expresa imposición de costas, dada la naturaleza de orden publico, ajeno al poder dispositivo de las partes, que ha constituido su objeto.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial, dicta el siguiente:

FALLO

Se acoge parcialmente el recurso de apelación deducido por **DON Eulogio** y se desestima la impugnación articulada por DOÑA Matilde, ambas contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Avilés, en autos de modificación de medidas núm. 365/2013, a que el presente rollo se refiere, la que se **REVOCA PARCIALMENTE** en cuanto se suspende temporalmente desde la fecha de la sentencia de primera instancia, el abono de la contribución paterna a los alimentos del hijo común, fijándose los mismos, a partir de su reincorporación al mercado laboral o percepción de prestaciones de desempleo o pensiones de cualquier clase, en un 20% de los ingresos netos que perciba por cualquier concepto.

En lo demás se confirman sus pronunciamientos.

Todo ello sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada.

Contra la presente Sentencia cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación. Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronuncia, manda y firma la Sala.