



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Centro de Estudios de Postgrado

Trabajo Fin de Máster

**LA PENSIÓN ALIMENTICIA
CUANDO EL OBLIGADO AL
PAGO ESTÁ PRIVADO DE
LIBERTAD**

Alumno/a: Ortega Cantarero, Covadonga

Tutor/a: Prof. D. Pilar Fernández Pantoja
Prof. D. José María Moreno Pérez

Dpto: Derecho Civil

Enero, 2018

LA PENSIÓN ALIMENTICIA CUANDO EL OBLIGADO AL PAGO ESTÁ PRIVADO DE LIBERTAD

RESUMEN

El presente Dictamen aborda el tema de la pensión alimenticia cuando el obligado al pago se encuentra privado de libertad. El tema se analiza desde la perspectiva de un cliente que viene al despacho consultando si podría en una demanda de divorcio reclamar pensión de alimentos al progenitor que en la actualidad se encuentra privado de libertad. Para llegar a la solución final se analizan una serie de cuestiones generales sobre la pensión de alimentos, así como el criterio seguido por las Audiencias Provinciales y la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en esta materia.

ABSTRACT

The present work is based on the issue of child support when the liable party is in prison. The issue is analyzed from the perspective of a client who comes to the office asking if he could demand child support to the father who is currently in prison. For getting the last solution, I have examined a serial of general questions about the child support, what is more the criterion followed by the Provincial Courts and the doctrine fixed by the Supreme Court in this issue.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
I. ANTECEDENTES.....	6
II. OBJETIVOS.....	8
III. FUNDAMENTOS DEL DICTAMEN	
1. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS	
1.1. Definición y regulación.....	9
1.2. Cuantía de la pensión de alimentos.....	11
1.3. Legitimación para solicitar la pensión de alimentos.....	13
1.4. Obligados al pago de la pensión de alimentos.....	14
1.5. Criterios para fijar la cuantía.....	15
1.6. Especialidad en los supuestos de guarda y custodia compartida.....	17
2. FIJACIÓN DEL MÍNIMO VITAL Y ESPECIAL PROBLEMÁTICA SOBRE LA FIJACIÓN DE LA CUANTÍA EN LOS CASOS DE AUSENCIA DE INGRESOS POR RENTAS DE TRABAJO O AUSENCIA DE PRESTACIONES	
2.1. Fijación del mínimo vital.....	19
2.2. Fijación de la cuantía en los casos de ausencia de ingresos por rentas de trabajo o ausencia de prestaciones.....	21
3. PAGO DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS EN LOS SUPUESTOS DE PROGENITORES PRIVADOS DE LIBERTAD POR CUMPLIMIENTO DE CONDENA.	
3.1. Criterio utilizado por las Audiencias Provinciales.....	24
3.2. Doctrina fijada por el Tribunal Supremo.....	26

4. DETERMINACIÓN DEL TIPO DE PROCEDIMIENTO Y DEL ÓRGANO JUDICIAL COMPETENTE Y REDACCIÓN DE DEMANDA INTERESANDO LA FIJACIÓN DE PENSIÓN ALIMENTICIA A FAVOR DE LOS HIJOS QUEDANDO OBLIGADO A SU PAGO EL PROGENITOR RECLUSO HACIENDO FIJACIÓN DE IMPORTE.....	29
IV. CONCLUSIONES FINALES.....	32
V. BIBLIOGRAFÍA.....	35
VI. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.....	37
VII. ANEXO: DEMANDA DE DIVORCIO EN LA QUE SE SOLICITA PENSIÓN DE ALIMENTOS AL PROGENITOR QUE SE ENCUENTRA PRIVADO DE LIBERTAD INTERESANDO CUANTÍA DE LA MISMA.....	39

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se basa en la elaboración de un Dictamen cuyo contenido principal es analizar el tema de la pensión de alimentos con la especialidad de que el progenitor obligado al pago se encuentra privado de libertad. Así, teniendo en cuenta la consulta de un cliente que viene a nuestro despacho, se abordan una serie de cuestiones para llegar a la conclusión de si podría prosperar o no una demanda de divorcio en la que se solicita pensión de alimentos al progenitor que se encuentra en un centro penitenciario.

En la primera parte del Dictamen se recogen los antecedentes, esto es, el supuesto de hecho objeto de análisis que nos lleva a resolver una serie de aspectos con posterioridad.

En la segunda parte se plasman los objetivos del Dictamen que nos van a llevar al desarrollo del caso y que se despliegan en el apartado de Fundamentos del Dictamen.

Los Fundamentos del Dictamen se exponen en la tercera parte, la cual se basa en resolver una serie de cuestiones generales sobre la pensión de alimentos; recoger lo establecido por los tribunales sobre el mínimo vital y la especial problemática sobre la fijación de la cuantía en los casos de ausencia de ingresos; el criterio utilizado por las Audiencias Provinciales en lo que a pensión de alimentos en los supuestos de progenitores privados de libertad se refiere, así como la doctrina fijada por el Tribunal Supremo; y finalmente, el tipo de procedimiento y órgano judicial competente en este materia, así como la redacción de una demanda de divorcio en la que se solicita pensión alimenticia al progenitor que se encuentra en prisión.

Después de los Fundamentos, en la última parte del Dictamen se exponen las conclusiones finales, tanto de la pensión de alimentos con carácter general como del caso en el que se solicita pensión de alimentos a un progenitor privado de libertad.

Para finalizar, se incluyen la bibliografía y jurisprudencia utilizadas en el presente Dictamen.

La demanda a la que se hace mención en los objetivos del trabajo se incluye al final como Anexo.

I. ANTECEDENTES

Se nos plantea por nuestro cliente, la necesidad de determinar las acciones judiciales que permitan regularizar la situación de una unidad familiar, de dos hijos, uno menor y otro mayor de edad, nacidos de un matrimonio, en el que en la actualidad el padre se encuentra en prisión cumpliendo pena privativa de libertad como consecuencia de un delito contra el patrimonio.

Es necesario valorar la posibilidad de obtener en la sentencia de divorcio la fijación de una pensión alimenticia para los hijos, habida cuenta la situación personal del progenitor, respecto a si vendría o no obligado al pago de la misma, partiendo de su situación patrimonial y de la ausencia de ingresos por rentas del trabajo. Se pone en conocimiento la existencia de unos derechos hereditarios del padre derivados de una finca de olivar, productiva, sobre la que no se ha establecido aceptación de herencia, permaneciendo yacente.

Para ello hay que tener en cuenta que mi cliente contrajo matrimonio canónico con efectos civiles el día 14 de junio de 1997. Del mencionado matrimonio nacieron dos hijos, Paula y Antonio Gómez Fernández, que en la actualidad tienen 18 y 12 años de edad. El régimen económico del matrimonio ha sido el de gananciales.

El último domicilio conyugal ha estado fijado en Mancha Real, Calle La Luna 7 3º B, CP 23967. Allí ha tenido el matrimonio su residencia hasta que de común acuerdo, el día 8 de marzo de 2017, se interrumpió la convivencia de la pareja y por tanto la unidad familiar.

En el momento de cese de la vida en común el esposo decide irse a vivir a casa de su madre que tiene su domicilio en la Calle Las Flores, 8 2º A de Jaén.

Posteriormente, el demandado ingresa en prisión, el 8 de noviembre de 2017, en virtud de la ejecutoria penal derivada de la condena por un delito de robo a tres años de prisión.

Los esposos, en el momento en el que se produjo el cese de la convivencia, llegaron a un acuerdo extrajudicial por el que el padre se comprometía al pago de 150 euros al mes para cada uno de sus hijos. Además de esta pensión alimenticia, la madre

se quedó con el uso del domicilio familiar junto a sus hijos, asumiendo esta la guardia y custodia del menor.

Desde el ingreso en prisión el progenitor ha dejado de pagar pensión de alimentos por considerar que no está obligado al pago. Nuestra cliente, no solo precisa la tramitación de su demanda de divorcio, sino que además necesita conocer, si el ingreso en prisión del padre de los menores, le exime del pago de los alimentos.

Teniendo en cuenta los antecedentes del caso es indispensable analizar aquellas cuestiones que nos llevarán a sostener la viabilidad o la estimación de la fijación de pensión alimenticia respecto del progenitor privado de libertad.

II. OBJETIVOS

De cara a posicionarnos desde el punto de vista profesional, consideramos indispensable valorar la determinación de la pensión alimenticia por los tribunales valorando los siguientes aspectos como fundamento de nuestra solución:

- A) Cuestiones generales sobre la pensión de alimentos: definición y regulación, cuantía, legitimación para solicitarla, obligados al pago, criterios para fijación de cuantía, así como la especialidad en los supuestos de guarda y custodia compartida.
- B) Mínimo vital y especial problemática sobre la fijación de la cuantía en los casos de ausencia de ingresos por rentas de trabajo o ausencia de prestaciones.
- C) Pago de la pensión de alimentos en los supuestos de progenitores privados de libertad, por cumplimiento de condena. Criterio utilizado por las Audiencias Provinciales y doctrina del Tribunal Supremo.
- D) Determinación del tipo de procedimiento y del órgano judicial competente y redacción de demanda interesando la fijación de pensión alimenticia a favor de los hijos quedando obligado a su pago el progenitor recluso haciendo fijación de importe pese a la ausencia de ingresos que pueda ser alegada de contrario.

Los objetivos mencionados son los que se abordan a continuación como Fundamentos del Dictamen.

III. FUNDAMENTOS DEL DICTAMEN

1. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

En primer lugar, resulta necesario abordar una serie de cuestiones sobre la pensión alimenticia para tener en cuenta que la pretensión que se solicita va a prosperar.

1.1. Definición y regulación

La pensión de alimentos puede definirse como la cantidad que se establece a cada progenitor para el mantenimiento de los hijos o la cantidad que aporta el progenitor que no tiene la guardia y custodia para la manutención de sus hijos.

Esta pensión se fija mediante resolución judicial, bien a través de un proceso de nulidad, separación o divorcio; bien a través de un procedimiento de medidas paterno filiales, en caso de que los progenitores no hubieran contraído matrimonio; o de manera posterior, en un procedimiento de modificación de medidas por alteración de las circunstancias, sea contencioso o de mutuo acuerdo.

En nuestro caso la pensión que se solicita se hace a través de una demanda de divorcio que tiene como objetivo romper el vínculo que le une a su esposo, así como ver satisfecha su pretensión de obtener pensión de alimentos para sus hijos.

El artículo 39.3 de la Constitución Española¹ recoge el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. La pensión de alimentos se fija por lo tanto sobre la base de un principio constitucional.

La obligación legal de prestar alimentos se recoge en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, así el artículo 142² recoge los conceptos que se incluyen dentro de la pensión de alimentos; estos son: el sustento, la habitación, el vestido, la

¹ Art. 39.3 CE: “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

² Art. 142 CC: “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”.

salud y la educación, incluso los gastos de embarazo y parto si no se encuentran cubiertos de otro modo.

El artículo 142 enumera las partidas que se incluyen dentro de la obligación de alimentos. Según entiende la doctrina, la enumeración de este artículo es taxativa y, por tanto, estos son los conceptos que se incluyen dentro de los alimentos, sin que se pueda hacer una interpretación más amplia de su contenido. Sin embargo, generalmente la pensión de alimentos se abona a través de una cantidad de dinero, por lo tanto, los conceptos que se enumeran en el mencionado artículo sirven en realidad para llevar a cabo el cálculo de la cuantía.

En el primer párrafo, en lo que se puede calificar como prestación básica, se incluyen el sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica, esto es, el contenido físico o material.

Pero esta obligación se amplía en el segundo párrafo a la educación e instrucción del alimentista, contenido en este caso intelectual, que se da en todo caso si el hijo es menor de edad. Si el hijo es mayor de edad y no ha terminado su formación también tiene derecho a los gastos que de la misma se deriven, siempre que las causas que han dado lugar a la dilación de los estudios no le sean imputables al alimentista.

Lo anterior supone que el contenido del deber de alimentos respecto al menor comprende tanto la prestación básica como su educación e instrucción en todo caso, ya que en este caso la instrucción es una necesidad básica más. Sin embargo, en el caso de alimentista mayor de edad, la norma requiere, como requisitos para que en los alimentos se incluya la educación e instrucción, que su periodo de formación no haya terminado y que la dilación de su formación no se deba a causas que le sean imputables a él.

Por lo tanto para aplicar esta norma hay que tener en cuenta cuando se entiende que ha concluido el periodo de formación y en cuando le son imputables al alimentista las causas de dilación de ese periodo.

Respecto al periodo de formación entiende la doctrina que debe entenderse de forma unitaria, esto es, se trata de un proyecto que se concibe y empieza a ejecutarse antes de la mayoría de edad y se prolonga llegada esta. Es decir, que si se interrumpe la formación que se estaba recibiendo, y no existe causa justificada, se entiende que el periodo formativo ha concluido.

Generalmente, se entiende que un mayor de edad ha terminado su formación cuando se encuentra capacitado por su profesión u oficio para acceder a un puesto de trabajo. Debido a ello, se suele excluir la obligación de alimentos en lo correspondiente a educación si el hijo comienza un nuevo periodo formativo tras haberlo abandonado anteriormente.

Respecto a los casos que le son imputables como causas de dilación del periodo formativo, en la mayoría de los supuestos la jurisprudencia los estima cuando, sin motivo que lo justifique, no se manifiesta por medio de las calificaciones obtenidas que se ha dedicado un esfuerzo adecuado para terminar la formación.

En el último párrafo del artículo 142 se hace referencia a los gastos de embarazo y parto. En cuanto a la interpretación de la jurisprudencia hay que indicar que son escasas las demandas en las que se incluyen estos gastos dentro de los alimentos. En los pocos casos que se incluyen, se concede a la madre la parte que le corresponde, esto es, se estima que cada progenitor tiene que contribuir a sufragar la mitad de los gastos que se han ocasionado, los cuales se consideran como gastos del hijo en común.

En nuestro caso, analizando lo mencionado, podemos observar como el hijo menor tiene derecho a que en su pensión se incluyan tanto los gastos considerados como de prestación básica, como los que su educación genere, puesto que al ser necesaria y obligatoria estos gastos se tienen que cumplir siempre.

Respecto al hijo mayor, tiene derecho a los gastos básicos de habitación, sustento, vestido y salud; así como a los gastos de educación, puesto que aunque haya alcanzado la mayoría de edad continúa estudiando sin que haya dilación en sus estudios.

1.2. Cuantía de la pensión de alimentos

La Ley no establece una cantidad fija en la pensión de alimentos, sino que, como determina MARTÍ FERRER³, “*se trata de una facultad discrecional del Juzgador que atendiendo a los ingresos de los progenitores fijará la pensión que debe imponerse al progenitor no custodio*”.

³ MARTÍ FERRER, M. (2017), “La filiación: posturas jurisprudenciales actuales”, *Revista de Derecho vLex* – Núm. 161, Octubre 2017, p. 25.

Es jurisprudencia consolidada que la cuantía de la pensión de alimentos debe establecerse siguiendo el criterio de la proporcionalidad entre las necesidades del alimentista y el caudal del alimentante; y solo podrá impugnarse en casación si no se ajusta a los criterios de proporcionalidad de manera notaria. Por lo tanto, para fijar la cuantía de la pensión de alimentos tiene que tenerse en cuenta el caudal de los progenitores y las necesidades de los menores, como analizaré posteriormente en los criterios para fijar la cuantía de la pensión de alimentos.

Igualmente, hay que señalar que la pensión de alimentos se suele fijar con carácter mensual. A pesar de que el artículo 148.2 del CC⁴ prevé que el pago se realice por meses anticipados, la mayoría de las resoluciones judiciales fijan el abono en el mes corriente dentro de los cinco primeros días del mismo, *“ya que resulta más ajustado a las economías de ambos progenitores”* como indica MARTÍN LÓPEZ⁵.

El abono de la pensión se realiza normalmente durante los doce meses del año, sin que se descuente el mes de vacaciones que el hijo pueda pasar con el obligado al pago de la pensión o los tiempos de estancia durante el curso escolar.

En este sentido se pronuncian las Sentencias de la AP de Tenerife de 23 de junio de 2008 y la AP de Madrid de 10 de enero de 2008⁶. Se contempla de esta manera porque la valoración se hace de manera global, ya que hay periodos del año en que los hijos tienen más gastos, como sucede con el cambio de estación en el que es necesario comprar ropa nueva o el inicio de curso escolar que supone un desembolso en lo relativo a libros, matrícula, uniformes, etc. Por lo tanto estas variables se estiman con un cálculo de los gastos anuales, de la misma forma que se hace con los ingresos del obligado, y se divide entre los doce meses del año. No obstante, es posible que en el convenio regulador se contemple la exclusión del mes de vacaciones que el menor pasa con el obligado al pago y se apruebe judicialmente.

Por el mismo motivo, no es habitual que en las resoluciones judiciales se estipule una pensión mayor en los meses en que el progenitor obligado recibe pagas

⁴ Art. 148.2 CC: *“Se verificará el pago por meses anticipados, y, cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente”*.

⁵ MARTÍN LÓPEZ, M. T. (2014), *“Problemática en torno a la pensión alimenticia”*, *Revista de Derecho de Familia* num.61/2013 parte Artículos Doctrinales, p. 11.

⁶ SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 23 de junio de 2008 (JUR\2008\301324) y SAP de Madrid (Sección 24ª) de 10 de enero de 2008 (JUR\2008\116200).

extras, pero igualmente es posible que se recoja en algunos convenios reguladores y se apruebe judicialmente.

En nuestro caso la cuantía de 150 euros mensuales que se solicita para cada hijo se hace teniendo en cuenta que ambos progenitores fijaron dicha pensión en el momento en el que cesó la convivencia, considerando las necesidades de cada hijo y los medios de los que disponen ambos progenitores, de los que hablaré con posterioridad en los criterios para fijar la cuantía.

1.3. Legitimación para solicitar la pensión de alimentos

Respecto a la legitimación para solicitar pensión de alimentos hay que diferenciar entre el supuesto en el que se solicita pensión alimenticia para un hijo menor de edad y el supuesto en el que el hijo es mayor de edad. En el primer caso siempre se reclaman alimentos en nombre del hijo menor, mientras que en el segundo puede reclamar alimentos el hijo mayor o alguno de sus progenitores.

El artículo 770.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷ recoge los procesos que versan sobre alimentos reclamados en nombre de hijos menores, esto es, respecto a los hijos menores de edad siempre van a reclamar alimentos los progenitores en su nombre.

La situación es más controvertida respecto a los mayores de edad. El artículo 93 del Código Civil⁸ recoge que el Juez determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y, además, establece que si conviven en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados, que carecen de ingresos propios, el Juez puede fijar pensión de alimentos. La problemática surge respecto a quién puede solicitar la pensión de alimentos cuando el hijo ya ha alcanzado la mayoría de edad.

⁷ Art. 770.6 LEC: “En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio”.

⁸ Art. 93 CC: “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. Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”.

El Tribunal Supremo ha resuelto la cuestión relativa a quién puede solicitar la citada pensión cuando se trata de hijos mayores de edad. Así, la Sentencia de 12 de julio de 2014⁹ determina que, respecto a la legitimación activa, hay que interpretar el artículo 93.2 del CC entendiendo que los padres pueden pedir alimentos para los hijos mayores de edad que conviven en el domicilio familiar, sin que sea necesario que los hijos acudan a otro proceso declarativo independiente. Por lo tanto, en esta Sentencia se ratifica como doctrina jurisprudencial la acordada en sentencias anteriores, reconociendo la legitimación de los progenitores para solicitar, en los procesos matrimoniales, alimentos para sus hijos mayores de edad, siempre que los precisen y que convivan con ellos.

Con lo cual nuestro cliente, puede solicitar pensión de alimentos tanto para su hijo menor como para su hijo mayor de edad, puesto que la mencionada doctrina del Tribunal Supremo permite reclamar pensión de alimentos para hijos mayores de edad en un proceso matrimonial, siempre que los necesiten y convivan con ellos, como ocurre en este caso.

1.4. Obligados al pago de la pensión de alimentos

La obligación al pago de la pensión de alimentos recae sobre sus progenitores, siendo uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, tal como recogen los artículos 110 y 154 del Código Civil¹⁰; además como indiqué con anterioridad alcanza rango constitucional en base al artículo 39.1 CE.

⁹ STS (Sección 1ª) de 12 de julio de 2014 (RJ\2014\4583).

¹⁰ Art. 110 CC: “El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”.

Art. 154 CC: “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”.

Esta obligación es ineludible por cuanto tiene que garantizar el desarrollo intelectual, físico y emocional de los hijos, al que los progenitores tienen que contribuir en base a las obligaciones que se derivan de la patria potestad.

Este deber de obligado cumplimiento lleva a que los jueces tengan que establecer pensión de alimentos al progenitor que no tiene la custodia para que asuma de manera forzosa el deber de prestar alimentos.

Con lo cual, el progenitor que no tiene la custodia, en este caso el padre que en la actualidad se encuentra privado de libertad, tiene que hacer frente al deber de alimentos que recae sobre sus hijos, para que estos tengan garantizado su desarrollo, ya que se trata de un deber ineludible de la patria potestad.

1.5. Criterios para fijar la cuantía

El juez utiliza como criterios para la fijación de la cuantía de la pensión de alimentos dos parámetros: a) las circunstancias económicas de los progenitores; y b) las necesidades que tienen los hijos en cada momento, las cuales se presumen que existen, según entiende la doctrina de las Audiencias Provinciales. Estos parámetros determinan en cada caso el importe específico de la pensión de alimentos, teniendo en cuenta en todo caso que se respete “el mínimo vital indispensable”, como indica ALFONSO RODRÍGUEZ¹¹.

Con respecto al caudal del progenitor obligado se tienen que incluir todos los ingresos, tanto los producidos por su trabajo como inversiones financieras, inmobiliarias, patrimonio, etc. Además, dentro del apartado del salario tienen que incluirse no solo los ingresos ordinarios, sino también otros como dietas, comisiones, bonos por cumplimiento de objetivos, etc. El importe a computar es la cantidad neta que recibe descontando los impuestos y gastos que su devengo produzca. Del importe de los ingresos hay que deducir las cargas que recaen sobre los progenitores, tales como hipotecas o préstamos personales.

Además, hay que tener en cuenta los ingresos del progenitor custodio, ya que la contribución al pago de alimentos es obligación de ambos progenitores.

¹¹ ALFONSO RODRÍGUEZ, E. (2016), “Comentario al art. 93 del Código Civil”, *Código Civil Comentado. Volumen I. Editorial Civitas, SA, Enero de 2016*, p. 2.

De igual forma, tienen que evaluarse las características especiales de los hijos, ya que no es igual un niño que se encuentra sano a otro que presenta problemas de intolerancia alimenticia, de piel o con necesidades educativas por problemas de déficit de atención o problemas médicos que incrementan de manera considerable los gastos alimenticios, educativos o farmacéuticos. Como indica CABEZUELO ARENAS¹² “*habrán de ser ponderadas las carencias o exigencias de cada hijo en particular presente*”.

Ante una situación de dificultad económica, se tiene que analizar el caso concreto y revisar la Sala si se ha vulnerado el juicio de proporcionalidad que recoge el artículo 146 del CC¹³. En casos de esta naturaleza, lo normal será establecer un mínimo que cubra los gastos indispensables para la atención y el cuidado del menor, y solo con carácter muy excepcional, admitir la suspensión de la obligación, siempre de manera restrictiva y temporal. Así, ante la mínima presunción de ingresos, se tiene que acudir a la situación que se predica como normal, aunque ello suponga un gran sacrificio por parte del progenitor alimentante.

El carácter imperativo de la norma hace que la falta de recursos del progenitor obligado no pueda valer de argumento para fundar la pretensión de liberarse del cumplimiento de un deber ineludible que está integrado dentro de la patria potestad.

El *favor filii*, según determina la jurisprudencia, impone el establecimiento de una pensión aunque el deudor carezca de un trabajo remunerado, ya que el art. 93.1 del CC es concluyente al proclamar que los alimentos se fijarán “*en todo caso*”, de manera que aunque no consten los ingresos del obligado, sean aleatorios o el obligado esté en situación de desempleo, se tiene que fijar lo que considere como el “mínimo vital”, del que hablaré más adelante.

Que la familia tenga pocos recursos no tiene trascendencia en esta materia, pues la prioridad aquí se encuentra en las necesidades del alimentista. Pero junto a este límite mínimo, la cuantía de la obligación de alimentos tiene como máximo el nivel de vida de la familia. Así lo interpreta la doctrina de las Audiencias Provinciales, al determinar que

¹² CABEZUELO ARENAS, A. L. (2010), *Polémicas Judiciales sobre Significado, Fijación, Contenido y Variabilidad de la Pensión de Alimentos de los Hijos tras la Separación y Divorcio (art. 93 CC)*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, p. 30.

¹³ Art. 146 CC: “*La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe*”.

cuando los hijos gozan en la vida de los padres de un determinado nivel de vida, la ruptura de estos no debería ser perjudicial, de manera que en el establecimiento del importe de la pensión hay que tener en cuenta las condiciones de vida para concretar en cada caso qué tiene que entenderse por necesidades concretas del menor.

Teniendo en cuenta los criterios para la fijación de la cuantía hay que considerar las circunstancias tanto de cada progenitor como de los hijos que existen. Así, se trata de dos hijos de 12 y 18 años de edad con una serie de necesidades que tienen que ser satisfechas por sus padres, aunque uno de ellos ya haya alcanzado la mayoría de edad, puesto que se encuentran en periodo formativo y ambos dependen de las prestaciones que sus progenitores les prestan.

La madre tiene muy pocos recursos, puesto que solo trabaja tres horas al día por las que recibe un sueldo de 300 euros al mes. Con lo cual, aunque el padre se encuentre privado de libertad no puede eludir hacer frente al pago de la pensión de alimentos, a la que puede hacer frente con una finca de olivar que ha heredado de su padre.

Es por estas características que esta parte considera correcta la cuantía de 150 euros mensuales para cada hijo, tal como se acordó por los progenitores, y a la que el progenitor no custodio tiene que seguir haciendo frente.

1.6. Especialidad en los supuestos de guarda y custodia compartida

El Tribunal Supremo, en fecha 11 de febrero de 2016¹⁴, dictó sentencia en la que señalaba que *“la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno, ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da”*.

En dicha sentencia el Tribunal Supremo examinaba el caso de una pareja divorciada en la que se confirmaba que el padre debía pasar pensión a la madre para la manutención de sus dos hijas menores, puesto que la madre no percibía salario ni rendimiento alguno.

¹⁴ STS (Sección 1ª) de 11 de febrero de 2016 (RJ\2016\249).

Además, considera el Tribunal Supremo que la pensión de alimentos no puede limitarse de manera temporal “*pues los menores no pueden quedar al socaire de que la madre pueda o no encontrar trabajo*”. La limitación en el tiempo tiene fundamento en la pensión compensatoria, “*como estímulo en la búsqueda de ocupación temporal*”, pero no puede ser así en el caso de alimentos a los hijos, ya que así lo impide el artículo 152 del Código Civil¹⁵.

Con esta Sentencia del Tribunal Supremo establece que la pensión de alimentos no puede tener limitación temporal, sin perjuicio de que posteriormente pueda sufrir modificación, en caso de que se alteren sustancialmente las circunstancias, tal como recoge el artículo 91 del Código Civil¹⁶.

La doctrina fijada por el Tribunal Supremo para la pensión de alimentos en caso de guarda y custodia compartida se confirma en la Sentencia de 21 de septiembre de 2016¹⁷. Así el Tribunal Supremo considera que “*el régimen de custodia compartida no siempre supone la supresión de la pensión de alimentos, sino que se habrá de estar a las circunstancias personales de ambos progenitores. No se eximirá del pago cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos o cuando uno de ellos no perciba salario o rendimiento alguno, pues la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da*”.

Teniendo en cuenta las anteriores sentencias, podemos observar como la pensión de alimentos no se extingue por el hecho de que la guarda y custodia sea compartida,

¹⁵ Art. 152 CC: “*Cesará también la obligación de dar alimentos:*

1.º *Por muerte del alimentista.*

2.º *Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.*

3.º *Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.*

4.º *Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.*

5.º *Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa”.*

¹⁶ Art. 91 CC: “*En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”.*

¹⁷ STS (Sección 1ª) de 21 de septiembre de 2016 (RJ2016\4439).

puesto que se tienen que tener en cuenta otras circunstancias como son los ingresos que percibe cada uno de los progenitores; y además hay que tener en cuenta que la pensión de alimentos no se puede limitar en el tiempo puesto que los menores no pueden quedarse sin la garantía de que sus necesidades se van a ver satisfechas.

Conviene tener en cuenta esta doctrina puesto que el padre, una vez fuera de prisión, podría solicitar custodia compartida respecto a su hijo menor, por considerar que ha habido un cambio de circunstancias. Aunque dicha pretensión se concediese hay que señalar que la pensión de alimentos no se extingue por el hecho de que la guardia y custodia sea compartida, tal como ha fijado el Tribunal Supremo.

2. FIJACIÓN DEL MÍNIMO VITAL Y ESPECIAL PROBLEMÁTICA SOBRE LA FIJACIÓN DE LA CUANTÍA EN LOS CASOS DE AUSENCIA DE INGRESOS POR RENTAS DE TRABAJO O AUSENCIA DE PRESTACIONES

2.1. Fijación del mínimo vital

Resulta imprescindible la obligación de considerar un mínimo de subsistencia sin el cual los hijos no pueden satisfacer sus necesidades más vitales. Se trata de una exigencia irrenunciable que es inherente a la titularidad de la patria potestad.

En el caso de hijos menores, hay que tener en cuenta que, en virtud del artículo 93.1 del CC, procede la fijación de oficio de los alimentos en el proceso matrimonial de sus progenitores, puesto que el juez debe señalar su aportación para la satisfacción de los mismos, de esta manera debe figurar de manera necesaria un pronunciamiento judicial que señale la participación de los progenitores en el cumplimiento de la obligación.

Se permite la aplicación de oficio por el juez puesto que se trata de materia de *ius cogens*, esto es, indisponible para las partes, y por lo tanto no operan los principios

dispositivo y de rogación. De esta manera el interés del menor queda, según determina DE LA IGLESIA MONJE¹⁸, “*salvaguardado y protegido por la autoridad judicial*”.

En relación con el mínimo vital, se entiende como lo necesario para que el menor se desarrolle en condiciones de suficiencia y dignidad, a los efectos de garantizarle un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional.

El contenido de la pensión mínima vital tiene que asegurar un mínimo desarrollo tanto físico como intelectual y emocional, al que deben contribuir sus progenitores, con el objetivo de dar cobertura a las necesidades del alimentista que se engloban dentro del concepto jurídico de alimentos, esto es, las que recoge el artículo 142 del CC.

El mínimo vital es exigible incluso en situación de desempleo o de precariedad económica, puesto que supone el mínimo vital necesario para vivir en condiciones de suficiencia y dignidad.

El mínimo vital que se establece en la pensión de alimentos no es una cantidad fija, en las Audiencias Provinciales se puede apreciar desde una cantidad mínima de 50 euros, como es el caso de la AP de Albacete; o la cuantía de 90 euros en el caso de la AP de Vizcaya; hasta la cantidad de 200 euros fijada por la AP de Barcelona¹⁹.

La sentencia del TS de 22 de julio de 2015 cita la sentencia de 2 de marzo de 2015²⁰ y determina en relación al mínimo vital que: “*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 solo 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, habrá que acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante*”.

Se trata de un supuesto en el que la madre solicita pensión de alimentos para su hija menor de edad, el padre se encuentra en paradero desconocido y, debido a ello

¹⁸ DE LA IGLESIA MONJE, M. I. (2013), “Pensión de menores tras la ruptura matrimonial y el mínimo vital”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* - Núm. 740, Noviembre 2013, p. 4168.

¹⁹ SAP de Albacete (Sección 1ª) de 12 de febrero de 2013 (JUR\2013\90372), SAP de Vizcaya (Sección 4ª) de 31 de mayo de 2013 (JUR\2013\259527) y SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 27 de febrero de 2013 (JUR\2013\109922).

²⁰ STS (Sección 1ª) de 22 de julio de 2015 (RJ\2015\3788) y STS (Sección 1ª) de 2 de marzo de 2015 (RJ\2015\601).

declarado en rebeldía. La sentencia determina que la no localización no puede exonerarle de la obligación de prestar alimentos. Por otra parte tampoco puede el Tribunal no tener la posibilidad de fijar un mínimo por el hecho de su rebeldía.

Existe, como determina COSTAS RODAL²¹, “*un cierto consenso a la hora de mantener el derecho al mínimo vital de los menores aun en aquellos casos de acreditada precaria situación económica del progenitor*”, propiciada por la falta de trabajo, cuando este cobra subsidio de desempleo y alguna ayuda social. Las cantidades que se reciben suelen ser muy bajas, pero permiten mantener la prestación de alimentos, aunque sea para hacer frente al mínimo vital al que el menor tiene derecho.

La fijación de una cantidad, aunque sea mínima, podría generar responsabilidades penales por incumplimiento, pero tiene su fundamento en que la obligación de alimentos viene fijada no solo por el Código Civil sino también por mandato constitucional, en el artículo 39.3 CE.

Como indica MUÑOZ-ALONSO LÓPEZ²², la aplicación de un mínimo vital ha desencadenado en que se presenten demandas de modificación de medidas solicitando la reducción de la cuantía en las pensiones de alimentos.

El mínimo vital es imprescindible cuando se trata de cubrir las necesidades básicas de los hijos, puesto que estos disponen para subsistir de los medios que les aportan sus progenitores, por lo que tienen que tener garantizado este derecho con independencia de que los recursos del progenitor obligado al pago sean escasos. Por lo tanto, el juez tiene que fijar pensión de alimentos para los hijos aunque sea en la cantidad que considere como mínimo vital.

2.2. Fijación de la cuantía en los casos de ausencia de ingresos por rentas de trabajo o ausencia de prestaciones

El reconocimiento de un derecho al mínimo vital a favor de los menores resulta incuestionable. El problema surge cuando el obligado al pago se encuentra en una

²¹ COSTAS RODAL, L. (2015), “El mínimo vital a examen. ¿Debe suspenderse en caso de pobreza extrema del progenitor alimentante? Comentario a la STS de 2 de marzo de 2015”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.4/2015 parte Comentario, p. 2.

²² MUÑOZ-ALONSO LÓPEZ, M. (2015), “La pensión de alimentos. Nuevos criterios en su determinación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* - Núm. 752, Noviembre 2015, p. 3636.

situación de grave penuria económica, de falta de ingresos y de patrimonio, llegando al punto de que no solo no puede atender el pago de las prestaciones de alimentos reconocidas a sus hijos menores, sino que la situación reviste tal gravedad que no tiene cubierto su derecho propio al mínimo vital, de manera que no puede atender sus propias necesidades más básicas.

En este caso, hay Audiencias Provinciales que permiten la suspensión de la prestación de alimentos, sin fijar un mínimo vital²³. Esta decisión queda reservada para los casos más graves de acreditada insolvencia económica, indigencia, falta de recursos, debido a que se si fijaran serían de imposible cumplimiento. Se justifica tal decisión en que la carencia de recursos es una causa de fuerza mayor que hace que la prestación no se pueda llevar a cabo por imposible, incluso en lo que la mínimo vital se refiere, por muy bajo que este sea.

Por el contrario, existe otra corriente en las Audiencias Provinciales que rechaza suspender la obligación de alimentos, al menos respecto a la que al mínimo vital se refiere²⁴. El mínimo vital se mantiene en estos casos mientras que el alimentante tenga aptitud para obtener ingresos, esto es, mientras se encuentre en edad laboral y tenga capacidad para trabajar, con independencia de que conste que está en situación de desempleo y no recibe subsidio alguno.

Se entiende así en la medida en que la obligación de alimentos, no solo se recoge en los artículos 142 y ss. del Código Civil, sino que es una obligación plasmada en el artículo 39.3 de la CE, y por tanto entienden que su cumplimiento resulta incondicional y existe con independencia del grado de dificultad que tenga el progenitor sobre el que recae la obligación para cumplirla. Los que defienden esta postura consideran que una manifestación del interés superior del menor es su derecho a recibir alimentos y la equivalente obligación de los titulares de la patria potestad de atender esos alimentos en todo caso.

El Tribunal Supremo aborda esta cuestión en la Sentencia de 2 de marzo de 2015, mencionada con anterioridad. En el caso queda acreditado que el progenitor alimentante carece de ingresos no pudiendo hacer frente a sus propias necesidades; encontrándose en una situación de desempleo, no buscada de propósito y además no

²³ Así lo hace, entre otras, la SAP de Cádiz (Sección 5ª) de 16 de diciembre de 2013 (JUR\2014\31130).

²⁴ Así lo hace la SAP de Asturias (Sección 7ª) de 19 de julio de 2013 (JUR\2013\275596).

percibe prestación o subsidio alguno. Sus necesidades son atendidas por familiares o amigos, así lo evidencia el hecho de que carece de domicilio y vive en casa de sus padres, los que se estaban haciendo cargo de la pensión de alimentos de los menores.

En esa situación, acreditada por el progenitor, el Tribunal Supremo considera que es pertinente la suspensión de la prestación de alimentos reconocida a favor de los hijos menores, incluso en lo referido al mínimo vital. Ni el interés superior del menor, ni la obligación ineludible de los padres de prestar alimentos a sus hijos, resultan un obstáculo para suspender la prestación de alimentos. Respecto al interés superior del menor, alude el TS para afirmar que su declaración no impide que materialmente sea imposible el cumplimiento de lo que de él se deriva, como sucede en casos como el que se aborda en el que el titular de la patria potestad no puede hacer frente a su deber de prestar alimentos por carecer de manera absoluta de recursos económicos.

El Tribunal Supremo reserva esta solución para los casos más graves, de manera que es una medida excepcional que tiene que adoptarse siempre con carácter restrictivo y temporal. Ante la mínima presunción de ingresos, cualquiera que fuera su origen y circunstancias, se tendría que recuperar la pensión, aunque solo fuera en relación con el mínimo vital y aunque ello provocare un gran sacrificio para el progenitor obligado a la pensión de alimentos.

Solo en los casos en que sea totalmente imposible hacer frente al pago de una pensión de alimentos por carecer de manera absoluta de medios se tiene que suspender el mínimo vital, y siempre que se haga tiene que ser de manera temporal, esto es, en el momento que el progenitor obligado disponga de algún medio para hacer frente al pago se tiene que retomar la obligación.

En nuestro caso no se puede suspender la pensión de alimentos puesto que el progenitor obligado al pago no se encuentra en una situación que justifique esta medida, ya que dispone de medios con los que hacer frente al pago aunque se encuentre privado de libertad.

3. PAGO DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS EN LOS SUPUESTOS DE PROGENITORES PRIVADOS DE LIBERTAD POR CUMPLIMIENTO DE CONDENA.

3.1. Criterio utilizado por las Audiencias Provinciales

El pago de la pensión de alimentos en los casos en los que el progenitor se encuentra privado de libertad había dado lugar a posiciones contradictorias entre las Audiencias Provinciales.

Por un lado, encontramos sentencias que admitían la suspensión de la obligación de prestar alimentos por el simple hecho de haber ingresado en prisión el progenitor obligado. Es el caso, entre otras, de la SAP de Jaén de 4 de febrero de 2013²⁵, la cual da lugar a que se presente recurso de casación y el Tribunal Supremo fije doctrina en esta materia.

Así, la SAP de A Coruña de 21 de julio de 2006 entiende que debe optarse por suspender la prestación alimenticia durante el tiempo que el progenitor obligado al pago estuvo privado de libertad. En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Madrid de 26 de junio de 2008²⁶ al entender que la situación de privación de libertad “*justifica la suspensión de la obligación de contribuir a repetidos alimentos, más solo hasta el momento en que se produzca la excarcelación, toda vez que el recurrente se encuentra en edad laboral y no presenta discapacidad ni minusvalía que obste el acceso a un empleo en tal momento, en el que surgirá nuevamente su obligación de abonar las pensiones alimenticias con las correspondientes actualizaciones*”.

El argumento en el que se basan estas sentencias para suspender la obligación de alimentos por parte del progenitor que se encuentra privado de libertad es que el ingreso en prisión supone la pérdida de empleo que se estaba desarrollando, junto con la pérdida del salario que se estaba percibiendo.

En base a lo anterior, se entiende que hay una variación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de fijar las medidas reguladoras

²⁵ SAP de Jaén (Sección 3ª) de 4 de febrero de 2013 (JUR\2013\182387).

²⁶ SAP de A Coruña (Sección 3ª) de 21 de julio de 2006 (JUR 116692/2006) y SAP de Madrid (Sección 24ª) de 26 de junio de 2008 (JUR\2008\293371).

y, por lo tanto, se declara la suspensión de la obligación de prestar alimentos, suspensión que se produce durante el periodo en que el progenitor se encuentra privado de libertad; en el momento que se produce la excarcelación resurge de nuevo la obligación de prestar alimentos, con las correspondientes actualizaciones.

Por otro lado, encontramos sentencias que entendían que la pensión de alimentos no se suspende por el ingreso en prisión. Así, la SAP de Córdoba de 12 de marzo de 2007²⁷ expone que *“la jurisprudencia ha interpretado de forma generalizada que los términos literales del artículo 93 compelen al juez a fijarla «en todo caso» con independencia de que aquél se encuentre transitoriamente en dicha situación, máxime cuando ni mucho menos puede decirse que la estancia en prisión suponga un impedimento absoluto para acceder a un trabajo remunerado en los términos señalados en la legislación penitenciaria”*.

En la misma línea, la SAP de Málaga de 3 de noviembre de 2011²⁸ entiende que no cabe reducir la pensión alegando el padre falta de ingresos por encontrarse en prisión preventiva, ya que en el momento de ratificación del convenio regulador el padre ya se encontraba privado de libertad, por lo tanto su detención elevada a prisión provisional ya le era conocida. Además, no quedaba acreditado si disponía de patrimonio para hacer frente a la pensión de alimentos o sus medios de vida.

En el mismo sentido se pronuncia la AP de Sevilla en Sentencia de 31 de mayo de 2012²⁹. En este caso, donde hay un padre privado de libertad, se acuerda que la obligación de hacer frente a la pensión de alimentos en cuantía mínima es ineludible, ya que tiene que atender las necesidades básicas de su hijo.

Por lo tanto, nos encontrábamos con sentencias y posiciones contradictorias de las Audiencias Provinciales que hacían necesaria la fijación de doctrina por parte del Tribunal Supremo, la cual se expone en el siguiente apartado.

²⁷ SAP de Córdoba (Sección 2ª) de 12 de marzo de 2007 (JUR 54890/2007).

²⁸ SAP de Málaga (Sección 6ª) de 3 de noviembre de 2011 (JUR\2012\205984).

²⁹ SAP de Sevilla (Sección 2ª) de 31 de mayo de 2012 (JUR\2012\301133).

3.2. Doctrina fijada por el Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de octubre de 2014³⁰, rechaza de manera rotunda la suspensión de la pensión de alimentos por el simple hecho de haber entrado en prisión el progenitor obligado al pago, entendiendo que la obligación de alimentos “es una de las de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico” y fija como doctrina jurisprudencial que “la obligación de pagar alimentos a los hijos menores no se extingue por el solo hecho de haber ingresado en prisión el progenitor que debe prestarlos”.

Por lo tanto, el Tribunal Supremo, como indica COSTAS RODAL³¹, “hace valer el principio del interés prevalente del menor”, ya que el interés de los hijos tiene que prevalecer sobre el de sus progenitores.

Como indica DE LA IGLESIA MONJE³², “la obligación de pagar alimentos a los hijos menores no se extingue por el solo hecho de haber ingresado en prisión el progenitor que debe prestarlos si al tiempo no se acredita la falta de ingresos o de recursos para poder hacerlos efectivos, menos aun cuando el mínimo vital por hijo es tan exiguo”.

El interés del menor se ve protegido, ya que si existe patrimonio del obligado al pago tiene que atender con el mismo la pensión de alimentos a pesar de que sus ingresos no sean suficientes. De esta manera se acaba con el abuso de algún progenitor que “pese a tener un ingente patrimonio, pretendía la suspensión o reducción de la pensión alimenticia porque sus ingresos mensuales habían bajado”, como indica VALERA ÁLVAREZ³³.

Es cierto que el pronunciamiento del Tribunal Supremo hace mención expresa a los menores de edad, por lo que se nos plantea la cuestión de qué ocurre con los hijos que ya han alcanzado la mayoría de edad. Aunque el Tribunal Supremo en la aplicación de esta doctrina no hace mención expresa a los mayores de edad, la jurisprudencia ha

³⁰ STS (Sección 1ª) de 14 de octubre de 2014 (RJ\2014\4754).

³¹ COSTAS RODAL, L. (2014), “Novedades jurisprudenciales en materia de suspensión de la obligación de pagar alimentos a los hijos menores por ingreso en prisión del progenitor alimentante”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.9/2015 parte Comentario, p. 3.

³² DE LA IGLESIA MONJE, M. I. (2016), “El progenitor privado de libertad. Efectos respecto a menores”, *El progenitor privado de libertad. Efectos respecto a menores*, p. 2839.

³³ VALERA ÁLVAREZ, C. (2014), “El ingreso en prisión no suspende la obligación del pago de la pensión alimentaria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* num.894/2014 parte Cara y Cruz de la misma moneda, p. 2.

determinado que esta obligación no se extingue cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad, sino que se prolonga en tanto los mismos no tengan ingresos propios, por no haber terminado sus estudios o no tener un trabajo estable y remunerado.

Así, hay que señalar una reciente Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2017³⁴, en la que un padre alega que su hija de 25 años de edad ha terminado su formación y ha desarrollado actividades laborales con carácter intermitente, aunque en el momento de interponer la demanda se encuentre en situación de desempleo. El Tribunal Supremo estima que *“no se ha probado la falta de diligencia y evidenciado el intento (tardío pero cierto) de completar su formación, debemos confirmar la sentencia recurrida por sus propios fundamentos, al no haberse producido las infracciones legales invocadas, dada la obligación de prestar alimentos por parte de los progenitores a los hijos mayores de edad”*.

Por lo tanto el Tribunal Supremo considera que la pensión de alimentos no se extingue cuando se alcanza la mayoría de edad, por ello consideramos que en nuestro caso, el hijo mayor de edad, que en la actualidad tiene 18 años de edad y continua formándose, tiene derecho a percibir pensión de alimentos por el progenitor no custodio aunque este se encuentre en prisión.

La entrada en prisión supone un cambio de circunstancias del alimentante, pero esta no tiene por qué suponer una pérdida total o merma de ingresos, ya que la persona que entra en prisión puede tener un negocio, patrimonio o forma de ingresos que no se vean afectados solamente por el ingreso en prisión. De esta forma, puede tener un patrimonio acumulado, ahorros o negocios que permanezcan aunque el obligado al pago no se encuentre presente y de esta manera no se alteran las circunstancias que se tuvieron en cuenta para establecer la cuantía de la pensión.

Pero puede ocurrir que el ingreso en prisión suponga pérdida de trabajo y de todo tipo de ingresos. Aun en este caso, la obligación continúa siempre que pueda sufragarse, aunque sea mínimamente, como indica SAN JULIÁN DÍAZ³⁵. Por lo tanto, el ingreso en prisión no tiene que llevar aparejada la suspensión de la obligación de alimentos.

³⁴ STS (Sección 1ª) de 21 de diciembre de 2017 (RJ 181042/2017).

³⁵ SAN JULIÁN DÍAZ, S. (2014), “El ingreso en prisión no suspende la obligación del pago de la pensión alimentaria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* num.894/2014 parte Cara y Cruz de la misma moneda, p. 2.

En caso de que haya modificación de las circunstancias tiene que probarse y comunicarse al juzgado, para que este resuelva sobre la procedencia de conservar la pensión o modificar su cuantía, ya sea en términos de disminución o fijación de un mínimo vital.

Respecto a la extinción de la pensión de alimentos del artículo 93.1 del CC, el TS acude a la aplicación de los preceptos generales de la obligación de dar alimentos entre parientes. El TS contempla el artículo 152.2 del CC, que se refiere a la reducción de la fortuna del alimentante hasta el punto de no poder satisfacer los alimentos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia. Por lo tanto, lo único que podría dar lugar a la suspensión de los alimentos sería una reducción de la fortuna hasta el punto de no poder satisfacer sus propias necesidades y las de su familia. Pero en nuestro caso no queda acreditado que esto ocurra.

No se trata de mantener las pensiones radicalmente, pero el solo hecho del ingreso en prisión no da lugar a que desaparezca la obligación de prestar alimentos a los hijos; por lo que el ingreso en prisión no puede considerarse una causa de extinción de la obligación de alimentos. Si el progenitor dispone de recursos patrimoniales hay que recurrir a estos, sin suspender las prestaciones de alimentos. En este sentido, se encuentran sentencias³⁶ que rechazan la suspensión de la pensión de alimentos en situaciones de desempleo, por tener el progenitor alimentante capacidad económica suficiente para hacer frente al pago. Esta capacidad procede en muchas ocasiones de los elementos patrimoniales de los que es titular el progenitor, patrimonio que hay que analizar antes de reducir o suspender las pensiones de alimentos.

La doctrina fijada por el Tribunal Supremo resulta correcta, puesto que no sería justo que el solo ingreso en prisión del progenitor obligado al pago suspendiera la pensión de alimentos.

La doctrina fijada es la adecuada en la medida en que lo que está en juego es la pensión de unos hijos cuyo interés tiene que prevalecer siempre, ya que los padres tienen el deber de prestar asistencia a sus hijos, siendo este un principio constitucional que no puede verse afectado salvo cuando resulte imposible su aplicación por carecer de manera absoluta de recursos.

³⁶ SAP de Huelva (Sección 3ª) de 25 de mayo de 2004 (JUR\2005\110874).

4. DETERMINACIÓN DEL TIPO DE PROCEDIMIENTO Y DEL ÓRGANO JUDICIAL COMPETENTE Y REDACCIÓN DE DEMANDA INTERESANDO LA FIJACIÓN DE PENSIÓN ALIMENTICIA A FAVOR DE LOS HIJOS QUEDANDO OBLIGADO A SU PAGO EL PROGENITOR RECLUSO HACIENDO FIJACIÓN DE IMPORTE

La demanda de divorcio a presentar se lleva a cabo por los trámites del juicio verbal, con sujeción a una serie de reglas recogidas en el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las reglas a tener en cuenta son las siguientes:

- A la demanda tienen que acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y la inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como los documentos en los que el cónyuge funde su derecho. En caso de solicitar medidas de carácter patrimonial, el actor tiene que aportar los documentos de que disponga para evaluar la situación económica de los cónyuges y, en su caso, de los hijos.
- En el caso de que haya reconvención se propone en la contestación a la demanda. El actor dispone de 10 días para contestarla. Solo se admite la reconvención en 4 casos:
 - a) Cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio.
 - b) Cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio.
 - c) Cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación.
 - d) Cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.

En nuestro caso solo puede haber reconvención si el cónyuge demandando pretende la adopción de medidas definitivas que no se soliciten en la demanda y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio, esto es, lo recogido en el apartado d), debido a que la demanda que se va a interponer es de divorcio, por lo tanto no pueden darse el resto de casos.

- A la vista tienen que concurrir las partes por sí mismas, con apercibimiento de que su incomparecencia sin causa justificada puede determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca. Igualmente es obligatoria la presencia de los abogados de ambas partes.
- Las pruebas que no se puedan practicar en el acto de la vista se practican dentro del plazo que el Tribunal señale, sin exceder de treinta días. Durante este plazo el Tribunal puede proponer de oficio las pruebas que considere pertinentes. Si lo considera necesario, de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tienen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años. Además, se tiene que garantizar que, en las exploraciones a menores, el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin que haya interferencias de otras personas, con auxilio de especialistas si es necesario.
- En cualquier momento del proceso, las partes pueden solicitar que el procedimiento continúe por los trámites del divorcio de mutuo acuerdo, recogido en el artículo 777 de la LEC.
- Si el proceso versa exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores, para la adopción de medidas cautelares se siguen los trámites establecidos para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio.

Este apartado nos resulta poco relevante, ya que en nuestro caso el proceso no solo versa sobre la guarda y custodia o alimentos, sino que también se solicita el divorcio por parte de nuestro cliente.

- Las partes de común acuerdo pueden solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de la LEC³⁷, para someterse a mediación.

En relación con el órgano judicial competente, la competencia objetiva la tiene el Juzgado de Primera Instancia, según se recoge en el artículo 22 quáter de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 3 del Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, sobre constitución de los Juzgados de Familia.

El artículo 22 quáter de la LOPJ recoge en su apartado c) que los Tribunales españoles son competentes en materia de divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de interposición de la demanda. Además, el apartado f) del mismo artículo recoge que en materia de alimentos, los Tribunales españoles son competentes cuando el demandado tenga su residencia habitual en España o, si la pretensión de alimentos se formula como accesoria a una cuestión sobre el estado civil, como ocurre en este caso, cuando los Tribunales españoles fuesen competentes para conocer de esta acción.

En relación con la competencia territorial, el artículo 769 de la LEC recoge que el tribunal competente para conocer de este procedimiento es el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal.

En nuestro caso, teniendo en cuenta que el matrimonio tuvo fijado su domicilio en Mancha Real, resulta competente el Juzgado de Primera Instancia de familia del partido judicial de Jaén, por ser el correspondiente al partido judicial del lugar donde el matrimonio tuvo fijado su último domicilio.

La demanda a presentar, teniendo en cuenta todo lo mencionado, se recoge al final del Dictamen como ANEXO.

³⁷ Art. 19.4 LEC: “Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días”.

IV. CONCLUSIONES FINALES

1. La pensión de alimentos es la cantidad establecida a cada progenitor para el mantenimiento de sus hijos o la cantidad que aporta el progenitor no custodio para la manutención de sus hijos. Esta puede ser fijada bien a través de resolución judicial, bien a través de un procedimiento de medidas paterno filiales o bien posteriormente, en un procedimiento de modificación de medidas por alteración de las circunstancias. En nuestro caso la pensión que se solicita se hace a través de una demanda de divorcio que tiene como objetivo romper el vínculo con su esposo, pero también obtener pensión de alimentos para sus hijos, ya que el progenitor ha dejado de pagar desde su ingreso en prisión.

2. El Código Civil recoge la obligación legal de prestar alimentos, incluyendo dentro de la pensión, como se recoge en el artículo 142, una serie de conceptos como son el sustento, la habitación, el vestido, la salud y la educación, incluso los gastos de embarazo si no se encuentran cubiertos de otro modo. En nuestro caso, ambos hijos tienen derecho a que se incluyan dentro de la pensión tanto los gastos que se consideran de prestación básica, esto es, sustento, habitación, vestido y salud, como los que su educación genere; ya que el hijo menor tiene derecho a que se incluyan siempre, y el hijo mayor también tiene derecho a los gastos de educación siempre que continúe estudiando, como ocurre.

3. La cuantía de la pensión de alimentos tiene que establecerse siguiendo el criterio de la proporcionalidad entre las necesidades del alimentista y el caudal del alimentante, esto es, para fijar la pensión tiene que tenerse en cuenta tanto el caudal de los progenitores como las necesidades de los menores. En nuestro caso, se considera adecuada la cuantía de 150 euros mensuales para cada hijo, por ser la que fijaron en el momento de cese de la convivencia, teniendo en cuenta las necesidades que tienen los hijos en la actualidad.

4. En relación con la legitimación para solicitar alimentos hay que distinguir entre el caso en el que se reclama pensión de alimentos para un hijo menor de edad y el caso en el que el hijo es mayor de edad. En el primer supuesto siempre se reclaman alimentos en su nombre. Mientras que si se trata de un hijo mayor de edad, puede

solicitar alimentos este o alguno de sus progenitores si el hijo mayor convive en el domicilio familiar, sin que sea necesario que el hijo acuda a otro proceso declarativo independiente. Es por ello, que nuestro cliente puede solicitar pensión de alimentos tanto para su hijo menor como para su hijo mayor de edad, puesto que ambos la necesitan y conviven con su madre.

5. La obligación al pago de la pensión de alimentos recae sobre sus progenitores, siendo uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, que tiene que garantizar el desarrollo intelectual, físico y emocional de los hijos. Es por ello que el progenitor tiene que hacer frente al pago de la pensión de alimentos, aunque se encuentre ingresado en un centro penitenciario, debido a que se trata de un deber ineludible. Cuestión distinta sería valorar la repercusión que un impago de dicha cantidad pueda generar en quien se encuentra privado de libertad. En tal sentido estimamos que si bien se generaría la deuda, reclamable en vía civil, nunca concurrirían los requisitos del delito de impago de pensiones, del artículo 227 del Código Penal.

6. Como criterios para fijar la cuantía de la pensión de alimentos se tienen en cuenta tanto las circunstancias económicas de los progenitores como las necesidades de los hijos en cada momento. La madre cuenta con muy pocos recursos, ya que sus ingresos son de tan solo 300 euros al mes; el padre no tiene ingresos debido a su condición de recluso, pero cuenta con un finca de olivar con la que puede hacer frente al pago de la pensión, ya que se trata de dos hijos de 12 y 18 años de edad, en periodo formativo y con unas necesidades que tienen que ser satisfechas por sus progenitores.

7. El mínimo vital es la cantidad indispensable necesaria para que los hijos se desarrollen en condiciones de suficiencia y dignidad, con el objetivo de garantizarle un mínimo desarrollo tanto físico, como intelectual y emocional. Esta cantidad mínima es exigible aunque el progenitor obligado al pago se encuentre en situación de desempleo o precariedad económica, puesto que es necesario para que vivan en condiciones dignas. Con lo cual esta cantidad se va a exigir siempre, aunque el progenitor se encuentre privado de libertad y con pocos recursos, ya que los hijos no pueden quedarse sin la garantía de que sus necesidades se van a ver satisfechas. Debido a ello el juez tiene que fijar pensión de alimentos aunque sea en la cantidad considerada como mínimo vital.

8. El pago de la pensión de alimentos en los supuestos en los que el progenitor obligado al pago se encuentra privado de libertad había dado lugar a posiciones

contrarias entre las Audiencias Provinciales. Por un lado, encontramos sentencias que admitían la suspensión de la obligación de alimentos por el simple hecho de ingresar en prisión el progenitor obligado, mientras que por otro encontramos sentencias que entienden que la pensión de alimentos no se extingue solo por el hecho de entrar en prisión, es por ello que resultaba necesaria la fijación de doctrina por el Tribunal Supremo.

9. Ante la necesidad de resolver las posiciones contradictorias de las Audiencias Provinciales, el Tribunal Supremo se pronuncia en la Sentencia de 14 de octubre de 2014, fijando como doctrina que la pensión de alimentos a los hijos menores no se extingue por el solo hecho de haber ingresado en prisión el progenitor obligado al pago. En esta doctrina tiene su fundamento nuestra demanda de divorcio en la que se solicita pensión de alimentos al progenitor privado de libertad, ya su condición no puede eximir de la obligación de alimentos siempre que haya algún medio con el que hacer frente a la misma.

10. Es cierto que la doctrina del Tribunal Supremo se fija de forma expresa para los *hijos menores de edad*, si bien esta obligación consideramos ha de entenderse extendida a los hijos mayores de edad, siempre que no sean económicamente dependientes, ya que la jurisprudencia determina que la obligación del pago de alimentos no se extingue cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad, sino que se prolonga hasta que los mismos tengan ingresos propios y suficientes para su independencia económica. Por ello, la pensión de alimentos tiene que fijarse para ambos descendientes, que se encuentran en periodo de formación y dependen de sus progenitores.

11. La demanda de divorcio que presentamos se lleva cabo por los trámites del juicio verbal con sujeción a una serie de reglas que se recogen en el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

12. El órgano judicial competente es el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal. En nuestro caso, como el matrimonio tuvo fijado su domicilio en Mancha Real, es competente el Juzgado de Primera Instancia de familia del partido judicial de Jaén, por ser el que corresponde al partido judicial del lugar donde el matrimonio tuvo fijado su último domicilio.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO RODRÍGUEZ, E. (2016), “Comentario al art. 93 del Código Civil”, *Código Civil Comentado. Volumen I. Editorial Civitas, SA, Enero de 2016*, pp. 1-5.

CABEZUELO ARENAS, A. L. (2010), *Polémicas Judiciales sobre Significado, Fijación, Contenido y Variabilidad de la Pensión de Alimentos de los Hijos tras la Separación y Divorcio (art. 93 CC)*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.

COSTAS RODAL, L. (2014), “Novedades jurisprudenciales en materia de suspensión de la obligación de pagar alimentos a los hijos menores por ingreso en prisión del progenitor alimentante”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.9/2015 parte Comentario*, pp. 1-6.

COSTAS RODAL, L. (2015), “El mínimo vital a examen. ¿Debe suspenderse en caso de pobreza extrema del progenitor alimentante? Comentario a la STS de 2 de marzo de 2015”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.4/2015 parte Comentario*, pp. 1-5.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I. (2013), “Pensión de menores tras la ruptura matrimonial y el mínimo vital”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 740, Noviembre 2013*, pp. 4167-4182.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I. (2016), “El progenitor privado de libertad. Efectos respecto a menores”, *El progenitor privado de libertad. Efectos respecto a menores*, pp. 2829-2844.

MARTÍ FERRER, M. (2017), “La filiación: posturas jurisprudenciales actuales”, *Revista de Derecho vLex – Núm. 161, Octubre 2017*, pp. 1-51.

MARTÍN LÓPEZ, M. T. (2014), “Problemática en torno a la pensión alimenticia”, *Revista de Derecho de Familia num.61/2013 parte Artículos Doctrinales*, pp. 1-29.

MUÑOZ-ALONSO LÓPEZ, M. (2015), “La pensión de alimentos. Nuevos criterios en su determinación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 752, Noviembre 2015*, pp. 3632-3643.

SAN JULIÁN DÍAZ, S. (2014), “El ingreso en prisión no suspende la obligación del pago de la pensión alimentaria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* num.894/2014 parte *Cara y Cruz de la misma moneda*, pp. 1-2.

VALERA ÁLVAREZ, C. (2014), “El ingreso en prisión no suspende la obligación del pago de la pensión alimentaria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* num.894/2014 parte *Cara y Cruz de la misma moneda*, pp. 1-2.

VI. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Sentencias de Audiencias Provinciales

SAP de Cádiz (Sección 5ª) de 16 de diciembre de 2013 (JUR\2014\31130).

SAP de Asturias (Sección 7ª) de 19 de julio de 2013 (JUR\2013\275596).

SAP de Vizcaya (Sección 4ª) de 31 de mayo de 2013 (JUR\2013\259527).

SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 27 de febrero de 2013 (JUR\2013\109922).

SAP de Albacete (Sección 1ª) de 12 de febrero de 2013 (JUR\2013\90372).

SAP de Jaén (Sección 3ª) de 4 de febrero de 2013 (JUR\2013\182387).

SAP de Sevilla (Sección 2ª) de 31 de mayo de 2012 (JUR\2012\301133).

SAP de Málaga (Sección 6ª) de 3 de noviembre de 2011 (JUR\2012\205984).

SAP de Madrid (Sección 24ª) de 26 de junio de 2008 (JUR\2008\293371).

SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 23 de junio de 2008 (JUR\2008\301324).

SAP de Madrid (Sección 24ª) de 10 de enero de 2008 (JUR\2008\116200).

SAP de Córdoba (Sección 2ª) de 12 de marzo de 2007 (JUR 54890/2007).

SAP de A Coruña (Sección 3ª) de 21 de julio de 2006 (JUR 116692/2006).

SAP de Huelva (Sección 3ª) de 25 de mayo de 2004 (JUR\2005\110874).

Sentencias del Tribunal Supremo

STS (Sección 1ª) de 21 de diciembre de 2017 (RJ 181042/2017).

STS (Sección 1ª) de 21 de septiembre de 2016 (RJ\2016\4439).

STS (Sección 1ª) de 11 de febrero de 2016 (RJ\2016\249).

STS (Sección 1ª) de 22 de julio de 2015 (RJ\2015\3788).

STS (Sección 1ª) de 2 de marzo de 2015 (RJ\2015\601).

STS (Sección 1ª) de 14 de octubre de 2014 (RJ\2014\4754).

STS (Sección 1ª) de 12 de julio de 2014 (RJ\2014\4583).

VII. ANEXO: DEMANDA DE DIVORCIO EN LA QUE SE SOLICITA PENSIÓN DE ALIMENTOS AL PROGENITOR QUE SE ENCUENTRA PRIVADO DE LIBERTAD INTERESANDO CUANTÍA DE LA MISMA

**AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE JAÉN QUE POR TURNO
CORRESPONDA**

Doña JUANA LÓPEZ RODRÍGUEZ, Procurador de los tribunales y de **Doña LUISA FERNÁNDEZ DÍAZ**, representación que acredito mediante la designación “*apud acta*”, que se unirá a la causa, ante el Juzgado comparezco, y como mejor en Derecho proceda, **DIGO:**

Que en la representación que ostento interpongo **DEMANDA DE DIVORCIO**, por el procedimiento del art. 770 de la L.E.C. contra el esposo de mí representada, **Don DANIEL GÓMEZ GONZÁLEZ**, con domicilio a efectos de notificaciones en el Centro Penitenciario de Jaén, la cual fundo en los hechos y fundamentos de derecho que se detallan a continuación.

La demandante, es asistida por la abogada colegiada Doña Covadonga Ortega Cantarero 1542 de ICAJAEN y representada por el procurador que suscribe.

H E C H O S

PRIMERO. Mi representada contrajo matrimonio canónico con efectos civiles el día 14 de junio de 1997, inscrito en el Registro Civil de Jaén, según consta en la correspondiente certificación registral de matrimonio que acompaño como documental nº UNO.

SEGUNDO. El matrimonio ha tenido dos hijos, PAULA Y ANTONIO GÓMEZ FERNÁNDEZ, de 18 y 12 años de edad, según acredito mediante la correspondiente certificación registral de nacimiento, que acompaño como documental nº DOS Y TRES.

TERCERO.- El régimen económico del matrimonio, ha sido el de gananciales.

CUARTO.- El último domicilio conyugal ha estado fijado en Mancha Real, Calle La Luna, 7 3º B, CP 23854.

Allí ha tenido el matrimonio su residencia hasta el 8 de marzo de 2017, fecha en la que de común acuerdo, se interrumpió la convivencia de la pareja y por tanto de la unidad familiar. El esposo en ese momento se fue a vivir con su madre a la vivienda situada en la Calle Las Flores, 8 2º A de Jaén.

QUINTO.- El 8 de noviembre de 2017, Don Daniel Gómez González ingresa en prisión al ser condenado por un delito de robo a tres años de prisión.

SEXTO.- En la actualidad mi mandante conserva su trabajo de tres horas diarias, trabajo por el que percibe un sueldo de 300 euros. El esposo, a pesar a no percibir salario en la actualidad, por encontrarse en prisión, es copropietario de una finca rústica junto con sus dos hermanos por haberla heredado de su padre, finca agrícola de olivar productiva, por lo tanto dispone de este medio para hacer frente al pago de la pensión de alimentos.

Se aportan como documental nº CUATRO las nóminas de Doña Luisa Fernández Díaz.

SÉPTIMO.- Los progenitores llegaron a un acuerdo extrajudicial en el momento de cese de la convivencia, por el que D. Daniel se comprometía al pago de 150 euros al mes por cada uno de los hijos del matrimonio. Además de los 150 euros por cada hijo, en concepto de alimentos, mi patrocinada quedó con el uso del domicilio familiar junto a los hijos, asumiendo esta la guarda y custodia del hijo menor.

Sin embargo, desde el ingreso en prisión del progenitor este ha dejado de pagar la pensión de alimentos, situación que no está justificada por cuanto este dispone de medios para hacer frente al pago de la misma.

OCTAVO.- Atendiendo a lo anteriormente expuesto, interesa a mi mandante se decrete el divorcio de su matrimonio, al amparo de lo dispuesto en el artículo 86 del Código Civil, en relación con el artículo 81 de la Ley 15/2005 de 8 de Julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, adoptando las siguientes medidas:

A) Revocación de todos los poderes y consentimientos que hayan sido otorgados por los cónyuges entre sí, quedando disuelto el régimen de gananciales existente entre los esposos.

B) Atribución a los hijos y a la esposa del domicilio conyugal y del ajuar doméstico, hasta la total independencia económica de los hijos, todo ello sin perjuicio de las medidas que en materia de administración se solicitan. Ambos esposos correrán con los gastos del Impuesto de Bienes Inmuebles así como con el seguro de la vivienda. La Sra. Fernández correrá con los gastos corrientes de la vivienda y cuotas ordinarias de comunidad, siendo las extraordinarias, responsabilidad de ambos esposos.

C) La guarda y custodia del hijo menor, Antonio Gómez Fernández, se atribuye a la madre, Doña Luisa Fernández Díaz, con la que residirá.

La patria potestad del hijo menor, Antonio, será ejercitada conjuntamente por los dos progenitores, pero estando el padre en prisión, se le faculta a la progenitora para que tome las decisiones de manera unilateral (empadronamiento, escolarización, intervenciones médicas entre otras que sean de necesidad para el mismo), sin perjuicio que se puedan modificar en un momento posterior si el padre se hiciera cargo del menor.

D) Don Daniel Gómez González abonará a Doña Luisa Fernández Díaz, en concepto de pensión de alimentos para cada uno de los dos hijos la cantidad de 150 € mensuales, los cuales serán abonados por el esposo entre los días 1 al 5 de cada mes en la cuenta corriente que se indica –IBAN ES34 3849 5783921584751639-, o en su caso la que se pudiera aportar en momento posterior que a tal fin designe la esposa. Dicha cantidad habrá de fijarse desde el mes de presentación de esta demanda de divorcio en aplicación de lo dispuesto en el artículo 148 del Código Civil.

La pensión alimenticia vigente será actualizada al año de aprobación de la sentencia judicial que resuelva el presente divorcio y ello conforme al Índice de Precios al Consumo que marque el Instituto Nacional de Estadística u organismo similar que en el futuro pudiese sustituirle. Dicha contribución alimenticia permanecerá hasta la total independencia económica de los hijos del matrimonio.

E) Todos los gastos extraordinarios necesarios que se produzcan en relación con los hijos y que no estén incluidos en el concepto de alimentos, ni cubiertos por los

sistemas públicos de salud y educación, se costearán por mitad entre ambos esposos previo acuerdo y justificación de los mismos por el cónyuge que los realizase. Se incluyen expresamente gastos de ortodoncias y gastos médicos que los padres previamente estimen necesarios no cubiertos por la seguridad social, actividades académicas y formativas necesarias para los hijos, estudios universitarios, ciclos formativos o acreditación de Certificado de Nivel en idiomas.

F) El régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales, permanece pendiente de liquidación.

NOVENO.- Sin perjuicio de las peticiones que se formulen en materia de liquidación de sociedad de gananciales, consideramos imprescindible que por parte del juzgador se adopten medidas en cuanto a las reglas que deban observar en la administración y disposición así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos en los términos previstos en el artículo 103. 4º del Código Civil.

A los anteriores hechos resultan de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) PROCESALES

I.-JURISDICCIÓN: Son competentes los tribunales civiles de conformidad con lo dispuesto en los arts. 5 y 36 LEC.

II.-CAPACIDAD: Mi representado/a ostenta la capacidad necesaria para ser parte en el presente proceso, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6 y ss. LEC.

III.-REPRESENTACIÓN Y POSTULACIÓN: La representación del actor y la postulación a la presente demanda es la procedente conforme a los arts. 750.1 y 23 y ss. LEC.

IV.-COMPETENCIA OBJETIVA: Corresponde a este Juzgado en virtud del art. 22 quáter LOPJ, el art. 3 del Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, sobre constitución de los Juzgados de Familia.

COMPETENCIA TERRITORIAL: De conformidad con lo dispuesto en el art. 769 LEC, resulta competente el Juzgado de Primera Instancia de familia del partido judicial de Jaén al que me dirijo, por ser el correspondiente al partido judicial de Mancha Real, lugar donde el matrimonio tuvo fijado su último domicilio.

V.-LEGITIMACIÓN: Mi representada ejerce acción personal contra su esposo, por tanto, al pedirse la disolución por divorcio de su matrimonio, ambos están legitimados, tanto activa como pasivamente, en el presente procedimiento conforme a lo dispuesto en los arts. 6 y ss. LEC.

En cuanto a la legitimidad para solicitar pensión de alimentos, mi representada está legitimada para solicitar pensión de alimentos para su hijo menor de edad en virtud de lo dispuesto en el artículo 770.6 de la LEC, puesto que respecto a los menores de edad siempre van a reclamar alimentos los progenitores en su nombre.

Respecto a la legitimidad de mi mandante para solicitar pensión de alimentos para su hijo mayor de edad, debemos atenernos al criterio fijado por el **Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 12 de Julio de 2014** en la que considera que se debe acordar, dentro del proceso de divorcio, una pensión de alimentos a sus hijos, aunque estos hayan alcanzado la mayoría de edad, estando, por tanto, según defiende en su recurso, legitimada para solicitarla ella en nombre de sus hijos. Por tanto la sentencia fija doctrina al respecto de la cuestión de la legitimación para solicitar pensión de alimentos a hijos mayores de edad, indicando que: *"En cuanto a la legitimación activa esta Sala se ha venido pronunciando, entre otras en sentencias de 24 de Abril y 30 de diciembre del 200, en interpretación del artículo 93.2 del código Civil, declarando que los padres PUEDEN PEDIR ALIMENTOS PARA LOS HIJOS QUE CONVIVAN CON ELLOS, PESE A SU MAYORIA DE EDAD, si los precisan, sin necesidad de que sean los hijos los que acudan a otro proceso declarativo independiente"* .

Por lo tanto dentro de un proceso de separación o divorcio, el progenitor en cuya compañía residan los hijos mayores de edad está legitimado para pedirle al otro cónyuge una pensión de alimentos para sus hijos. Cuestión distinta es que no nos encontremos

ante un proceso matrimonial en vigor, en este caso será el hijo mayor de edad el que tendrá que interponer la demanda, ya que al ser mayor de edad, a él o ella corresponderá la legitimación para reclamar estos alimentos.

En base a esta doctrina mi representada está legitimada para solicitar alimentos para su hijo mayor de edad, por cumplirse los dos requisitos fijados en doctrina del Tribunal Supremo: encontrarnos dentro de un proceso de separación o divorcio, en nuestro caso de divorcio, y convivencia del hijo mayor con la progenitora que solicita alimentos en su nombre.

VI.-FECHA DESDE LA QUE SE HABRÁN DE FIJAR LOS ALIMENTOS:

El artículo 148 del Código Civil, establece que los alimentos se abonarán desde la fecha de interposición de la demanda.

La **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de Junio de 2011** resuelve una cuestión que ha sido controvertida en no pocas ocasiones como es la fecha a partir de la cual comienza el devengo o la obligación de pago de las pensiones de alimentos a los hijos menores por parte del progenitor no custodio. El Tribunal Supremo parte de la discrepancia por las dos posturas mantenidas en la doctrina jurisprudencial, sobre todo menor. Por una parte se considera que los alimentos debidos a los hijos menores de edad en casos de separación de sus progenitores participan de la naturaleza de los que deben prestarse como consecuencia de la patria potestad y de los alimentos entre parientes en general, aunque tienen características propias, como consecuencia de las circunstancias en que se declara la obligación de prestarlos. Sin embargo, es cierto también que la regla general en los temas de disolución del matrimonio por divorcio es que la sentencia produce efectos desde la firmeza, porque se trata de constituir una situación nueva y por ello, el artículo 89 del Código Civil establece que la sentencia en que se declare el divorcio “producirá efectos a partir de su firmeza”, lo que se confirma en el artículo 95 del Código Civil, en relación al momento en que tiene lugar la liquidación del régimen económico matrimonial.

No obstante **el Tribunal Supremo establece** acertadamente **que, en materia de alimentos, el artículo 148 del Código Civil contiene una norma distinta**, que si bien evita los efectos retroactivos de la obligación de prestar alimentos al momento en que se

produce la necesidad, **establece que los alimentos no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda.** Esta regla se refiere únicamente a la petición de los alimentos, puesto que una cosa es que se haya reconocido la relación jurídica de que derivan los alimentos y otra que estos se soliciten en tiempo y forma con fijación de la pensión, los plazos de abono de los mismos y la forma de hacerlos efectivos. Por lo tanto como se ha podido ver, la cuestión es si existe una diferencia entre los alimentos debidos con causa de una crisis matrimonial o de pareja y los alimentos debidos en virtud de los artículos 142 y siguientes del Código Civil. En este sentido el Tribunal Supremo ya se pronunció en la sentencia de 5 de Octubre de 1.995 que establecía que “no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro I del Código civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad”, doctrina repetida también en la sentencia de 3 octubre de 2.008, que declara aplicable el artículo 148.1 del Código Civil.

Por ello **concluye el Tribunal Supremo estableciendo que a la obligación de alimentos debe aplicarse el artículo 148 del Código Civil y, por lo tanto, deben prestarse desde el momento de presentación de la demanda.**

VII.- PROCEDIMIENTO: El establecido en el Libro IV, Título I, Capítulo IV, de la LEC.

De conformidad con el art. 770 LEC, se seguirán los trámites del juicio verbal, con las especialidades contenidas en el precepto legal citado.

VIII.- INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL: De conformidad con lo dispuesto en el art. 749 LEC, resulta preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal por la existencia de hijo menor.

IX.- COSTAS: El art. 394 LEC que regula las costas que deberán ser impuestas a la parte demandada si se opusiera a las pretensiones aducidas en la presente demanda.

B) DE FONDO

X.- En lo que respecta a la acción de divorcio, son de pertinente aplicación:

- El art. 86 del Código Civil, que establece: «Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración de matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurran los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81».

- El art. 81.2º del Código Civil, que establece: «A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio...»

- Los arts. 91 y ss. del Código Civil, en lo que se refiere a los efectos inherentes a la disolución por divorcio del matrimonio.

XI.- PENSIÓN DE ALIMENTOS DURANTE EL PERIODO EN EL QUE EL PROGENITOR OBLIGADO AL PAGO SE ENCUENTRE PRIVADO DE LIBERTAD:

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de octubre de 2014, rechaza de manera rotunda la suspensión de la pensión de alimentos por el simple hecho de haber ingresado en prisión el progenitor obligado al pago. Así, entiende que la obligación de alimentos es una de las de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico y fija como doctrina jurisprudencial que la obligación de pagar alimentos no se extingue por el solo hecho de haber ingresado en prisión el progenitor que debe prestarlos.

Es por ello que el progenitor que se encuentra privado de libertad no puede eximir la obligación de pago de alimentos a sus hijos por el simple hecho de encontrarse en prisión, por lo que tiene que hacer frente al pago de la pensión alimenticia de ambos hijos con los medios de los que disponga, sin que la falta de ingresos sirva como fundamentación, ya que dispone de patrimonio con el que hacer frente a la obligación.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO, tenga por presentado este escrito, junto con sus documentos y copias, se sirva admitirlo, tenerme por comparecido y parte en la representación que ostento de **Doña Luisa Fernández Díaz** tenga por formulada **DEMANDA DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL POR DIVORCIO** contra **Don Daniel Gómez González**, y tras la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, y demás trámites pertinentes, dictar Sentencia por la que se acuerden los siguientes efectos:

A) Revocación de todos los poderes y consentimientos que hayan sido otorgados por los cónyuges entre sí, quedando disuelto el régimen de gananciales existente entre los esposos.

B) Atribución a los hijos y a la esposa del domicilio conyugal y del ajuar doméstico, hasta la total independencia económica de los hijos, todo ello sin perjuicio de las medidas que en materia de administración se solicitan. Ambos esposos correrán con los gastos del Impuesto de Bienes Inmuebles así como con el seguro de la vivienda. La Sra. Fernández correrá con los gastos corrientes de la vivienda y cuotas ordinarias de comunidad, siendo las extraordinarias, responsabilidad de ambos esposos.

C) La guarda y custodia del hijo menor, Antonio Gómez Fernández, se atribuye a la madre, Doña Luisa Fernández Díaz, con la que residirá.

La patria potestad del hijo menor, Antonio, será ejercitada conjuntamente por los dos progenitores, pero estando el padre en prisión, se le faculta a la progenitora para que tome las decisiones de manera unilateral (empadronamiento, escolarización, intervenciones médicas entre otras que sean de necesidad para el mismo), sin perjuicio que se puedan modificar en un momento posterior si el padre se hiciera cargo del menor.

D) Don Daniel Gómez González abonará a Doña Luisa Fernández Díaz, en concepto de pensión de alimentos para cada uno de los dos hijos la cantidad de 150 € mensuales, los cuales serán abonados por el esposo entre los días 1 al 5 de cada mes en la cuenta corriente que se indica –IBAN ES34 3849 5783921584751639-, o en su caso la que se pudiera aportar en momento posterior que a tal fin designe la esposa. Dicha cantidad habrá de fijarse desde el mes de presentación de esta demanda de divorcio en aplicación de lo dispuesto en el artículo 148 del Código Civil.

La pensión alimenticia vigente será actualizada al año de aprobación de la sentencia judicial que resuelva el presente divorcio y ello conforme al Índice de Precios al Consumo que marque el Instituto Nacional de Estadística u organismo similar que en el futuro pudiere sustituirle. Dicha contribución alimenticia permanecerá hasta la total independencia económica de los hijos del matrimonio.

E) Todos los gastos extraordinarios necesarios que se produzcan en relación con los hijos y que no estén incluidos en el concepto de alimentos, ni cubiertos por los sistemas públicos de salud y educación, se costearán por mitad entre ambos esposos previo acuerdo y justificación de los mismos por el cónyuge que los realice. Se incluyen expresamente gastos de ortodoncias y gastos médicos que los padres previamente estimen necesarios no cubiertos por la seguridad social, actividades académicas y formativas necesarias para los hijos, estudios universitarios, ciclos formativos o acreditación de Certificado de Nivel en idiomas.

F) El régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales, permanece pendiente de liquidación.

OTROSI PRIMERO DIGO: Que como **prueba anticipada** a la celebración del juicio, a esta parte interesa:

- Que a través del punto neutro judicial se obtenga la vida laboral de D. Daniel Gómez González, significado con D.N.I. número 27932901-B.
- Que a través del punto neutro judicial se obtenga la información patrimonial de D. Daniel Gómez González, significado con D.N.I. número 27932901-B.
- Que se solicite informe al Centro Penitenciario de Jaén, en el que cumple condena el Sr. Gómez González, desde el pasado 8 de noviembre de 2017, en el que figure el plan de tratamiento al que está sometido el recluso, con indicación de la posibilidad de que realice trabajos en el ámbito del centro penitenciario, en la actualidad o en las próximas fechas, así como la remuneración que por los mismos pueda percibir. Se deberá indicar tanto la disponibilidad de empleabilidad

laboral que ofrece el centro penitenciario, como la disponibilidad del recluso para efectuar tales trabajos.

- Que se oficie a la Delegación de la Consejería de Agricultura de la JJAA a fin de que informe a este juzgado sobre los derechos que se derivan de la finca registral nº 2.348 de Baños de la Encina, del Registro de la Propiedad de La Carolina, con referencia catastral 4572902VH4147S0004EO.

SUPLICO AL JUZGADO; Que tenga por hecha la solicitud de prueba anticipada en los términos expuesto, requiriendo la unión del documento expresado.

OTROSÍ SEGUNDO DIGO.- Que a los efectos probatorios oportunos interesamos dejar designados los presentes archivos:

- Juzgados de la Provincia.
- Servicio Andaluz de Empleo y Servicio Público de Empleo Estatal.
- Instituto Nacional de la Seguridad Social.
- Registros de la Propiedad de la Provincia.
- Centro Penitenciario de Jaén.
- Junta de Andalucía.

SUPLICO AL JUZGADO que acuerde teniendo por designados los referidos archivos.

OTROSÍ TERCERO DIGO.- Que a los efectos del artículo 231 de la LEC, esta parte manifiesta su voluntad de cumplir con los requisitos exigidos por la ley subsanando todos aquellos defectos en que se pueda haber incurrido en la elaboración de la presente demanda reconvencional.

SUPLICO AL JUZGADO.- Que tenga por hechas las manifestaciones a los efectos oportunos.

Por ser justicia que pido en Jaén a 10 de enero de dos mil dieciocho.

Lda. Covadonga Ortega Cantarero

Cda. 1542 ICAJAEN

Juana López Rodríguez

Procurador de los Tribunales