

# EDJ 2006/283907

Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 3ª, S 21-7-2006, nº 298/2006, rec. 123/2006  
Pte: Fernández-Porto García, Rafael Jesús

## Resumen

La AP estima el recurso interpuesto por el actor frente a la sentencia que desestimó la demanda por la que se pretendía la modificación de las medidas adoptadas en un previo proceso de divorcio. Entre otros motivos, el tribunal argumenta que no puede concluirse que el actor tenga un patrimonio de tal envergadura que le permita sostenerse y abonar las prestaciones alimenticias a favor de sus hijas pese a no percibir ingreso alguno por su trabajo como camarero al estar ingresado en un centro penitenciario, sin que la mera elección de Abogado y Procurador designados por él en modo alguno puede permitir presumir que tenga una situación económica desahogada. Todo lo anterior, debe conllevar la suspensión de la obligación del actor de la obligación de prestar alimentos a sus hijas mientras estuvo ingresado en la cárcel.

### NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
art.217 , art.385 , art.386  
RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores  
art.45.1  
RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social  
art.212

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	4

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### ALIMENTOS

##### PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

A favor de los hijos

Modificación

Otras cuestiones

#### MATRIMONIO

##### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Procedimiento de modificación de medidas

En general

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada

Procedimiento:Apelación, Modificación de medidas

#### Legislación

Aplica art.217, art.385, art.386 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.45.1 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

Aplica art.212 de RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social

Cita art.394, art.398 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

LA CORUÑA/A CORUÑA

SENTENCIA: 00298/2006

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN TERCERA

LA CORUÑA

SENTENCIA

PRESIDENTE ILMO. SR.

D. JUAN ÁNGEL RODRÍGUEZ CARDAMA

MAGISTRADOS ILMOS. SRES.

D<sup>a</sup> MARÍA JOSÉ PÉREZ PENA

D. RAFAEL JESÚS FERNÁNDEZ PORTO GARCÍA

En La Coruña, a veintiuno de julio de dos mil seis.

Visto el presente recurso de apelación tramitado bajo el número 123 de 2006, por la Sección Tercera de esta Ilma. Audiencia Provincial, constituida por los Ilmos. señores Magistrados que anteriormente se relacionan, interpuesto en los autos de juicio de modificación de medidas, procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de Ferrol, ante el que se tramitaron bajo el número 215/2005, en los que son parte, como apelante, el demandante D. Fermín, mayor de edad, cuya vecindad y domicilio actual no consta, provisto del documento nacional de identidad número NUM000, representado por el Procurador D. Luis Sánchez González, y dirigido por el Abogado D. Luis Torres Foira; y como apelados, las demandadas D<sup>a</sup> Almudena, mayor de edad, vecina de Narón (La Coruña), con domicilio en AVENIDA000, NUM001 - NUM002, NUM003, provista del documento nacional de identidad número NUM004, que no se personó ante esta Audiencia; y D<sup>a</sup> Rosario, mayor de edad, con la misma vecindad y domicilio, provista del documento nacional de identidad número NUM005, declarada en situación procesal de rebeldía en la instancia; con la preceptiva intervención del MINISTERIO FISCAL; versando la apelación sobre supresión de prestación alimenticia.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Aceptando los de la sentencia de 13 de octubre de 2005, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de Ferrol, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda formulada por el Procurador D. Javier Artabe Santalla, en nombre y representación de D. Fermín, contra D<sup>a</sup> Almudena y D<sup>a</sup> Rosario, debo absolver y absuelvo a las demandadas de los pedimentos efectuados en su contra.

Las costas se imponen a la parte demandante".

SEGUNDO.- Presentado escrito preparando recurso de apelación por D. Fermín, se dictó providencia teniéndolo por preparado, emplazando a la parte para que en término de veinte días lo interpusiera, por medio de escrito. Deducido en tiempo el escrito interponiendo el recurso, se dio traslado por término de diez días, presentándose por D<sup>a</sup> Almudena y el Ministerio Fiscal escrito de oposición. Con oficio de fecha 10 de febrero de 2006 se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en esta Audiencia con fecha 15 de febrero de 2006, fueron turnadas a esta Sección. Entregadas el 20 de febrero de 2006 se registraron bajo el número 123/2006, y se dictó providencia admitiendo el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, designando ponente, y acordando esperar el término del emplazamiento. Se personó en esta alzada el Procurador D. Luis Sánchez González en nombre y representación de D. Fermín, en calidad de apelante. Se tuvo por personado al citado Procurador en la representación que acreditaba, y no habiéndose personado ante esta Audiencia D<sup>a</sup> Almudena no se le notificará ninguna resolución salvo la que ponga fin al recurso, quedando el proceso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiese. Por providencia de 16 de mayo de 2006 se señaló para votación y fallo el pasado día 18 de julio de 2006.

CUARTO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones legales; y, siendo Ponente el Ilmo. Magistrado D. RAFAEL JESÚS FERNÁNDEZ PORTO GARCÍA.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- No se aceptan los de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:

1º.- El 21 de octubre de 2004 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de Ferrol, en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, acordando la disolución del vínculo matrimonial formado por D. Fermín y D<sup>a</sup> Almudena, y aprobando el convenio regulador de la separación. En éste se había pactado que D. Fermín abonaría mensualmente la cantidad de 150 euros para cada una de sus dos hijas (una menor y otra mayor de edad), así como 100 euros más de las pagas extraordinarias.

2º.- El 7 de diciembre de 2004 D. Fermín fue ingresado en el Centro Penitenciario de Teixeiro, por haberse decretado su prisión provisional en las Diligencias Previas tramitadas ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número cuatro de Ferrol, bajo el

número 1496/2004, en las que se le imputaba un delito de agresión sexual por parte de su hija mayor de edad. Situación de prisión en la que permaneció hasta que la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial dictó sentencia el 6 de octubre de 2005 en el sumario 2/2004 de dicho Juzgado, rollo de Sala 6/2005, por la que se absolvía al procesado y se ordenaba su inmediata excarcelación.

3º.- D. Fermín presentó el 4 de abril de 2005 escrito promoviendo la modificación de la medida consistente en la prestación alimenticia a favor de sus hijas, mientras dure la situación de prisión provisional, al carecer de todo tipo de ingresos. Admitida a trámite y convocadas las partes a la vista, D<sup>a</sup> Almudena se opuso a lo pretendido. El Juzgado dictó sentencia desestimando la demanda, con imposición de las costas al demandante. Pronunciamientos frente a los que éste se alza.

TERCERO.- En el primer motivo del recurso de apelación se muestra la discrepancia con la sentencia de instancia, en cuanto acogiendo el argumento de la demandada, sostiene que conforme a lo establecido en el artículo 212.c) de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 y el oficio remitido por el Instituto Nacional de Empleo, así como suponiendo que se le ha despedido por causas objetivas, tendría derecho a percibir la prestación por desempleo al tener cargas familiares, frente a lo que se alega que otro oficio del mismo Instituto acredita que no está percibiendo subsidio. El motivo ha de ser estimado, aunque por otros motivos, ya que es evidente que la resolución se ha dejado influenciar por las alegaciones de la demandada, que muestra un desconocimiento de principios elementales de la legislación social.

En primer lugar, el artículo 212 de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 regula los supuestos de suspensión de la prestación por desempleo. Y para que pueda acordar la suspensión, primero tendría que tenerla concedida. Y D. Fermín no era receptor del subsidio por desempleo, sino que estaba en activo laboralmente según consta en la hoja de vida laboral de la Tesorería General de la Seguridad Social. Luego no tenía derecho a seguir percibiendo una prestación que no cobraba.

En segundo lugar, para que un trabajador pueda cobrar dicho subsidio es requisito imprescindible que se encuentre en situación de desempleo (como su propio nombre indica). Y no puede presumirse que se haya producido un despido, ya que la prisión provisional (detenido pero condenado) no es causa de resolución del contrato de trabajo, sino de mera suspensión (artículo 45.1-g del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 ). Es por ello que, una vez recobrada la libertad, D. Fermín continuó trabajando en la misma empresa (folio 81 de las actuaciones). Pero mientras estuvo en prisión, el contrato estuvo en suspenso, no tiene derecho a percibir ningún sueldo o salario; y tampoco puede solicitar la prestación por desempleo, porque está en activo.

CUARTO.- En segundo lugar, también se discrepa de la sentencia apelada en cuanto no establece que no se ha acreditado que D. Fermín carezca de patrimonio. El motivo ha de ser igualmente estimado.

En primer lugar, no existe ningún precepto legal que establezca que a todo ciudadano se le presume que es titular de un patrimonio mobiliario o inmobiliario de mayor o menor fortuna. Es decir, legalmente no puede presumirse que D. Fermín tenga un patrimonio relevante económicamente (artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ). Tampoco se ha establecido un hecho base, admitido o acreditado, como pudieran ser signos externos de riqueza, que permitan concluir que D. Fermín posee ese patrimonio (artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ).

En segundo lugar, no es cierto que el recurrente tenga una mayor facilidad probatoria para acreditar que no tiene bienes (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ). Los hechos negativos son muy difíciles de acreditar. Y más fácil le resultaría a las demandadas probar, o cuando menos indicar, qué bienes componían ese patrimonio. Es más, D<sup>a</sup> Almudena en el acto de la vista, al ser interrogada por el Ministerio Fiscal, reconoce que su ex marido carece de bienes, que su única fuente de ingresos es haber trabajado siempre, y únicamente alude a que había comprado un automóvil. Luego no puede concluirse que D. Fermín tenga un patrimonio de tal envergadura que le permita sostenerse y abonar las prestaciones alimenticias a favor de sus hijas pese a no percibir ingreso alguno por su trabajo como camarero al estar ingresado en un centro penitenciario.

QUINTO.- El tercer motivo del recurso critica la resolución apelada porque se haya basado en que, pese a esa supuesta carencia de medios económicos, tanto en el procedimiento penal como en las presentes actuaciones civiles se valía de profesionales jurídicos de su libre elección, y no designados en turno de oficio, lo que indicaría la existencia de ingresos o patrimonio. Argumento que el apelante tacha de demagógico porque parte de la presunción de que el cliente ha abonado honorarios al abogado, u omite que D. Fermín tiene padres y ocho hermanos que estaban colaborando económicamente ante su situación personal. El motivo ha de ser estimado.

En los últimos tiempos se viene alegando que el mero hecho de no acudir al turno de oficio para la defensa de los derechos ante los tribunales implica necesariamente una buena posición económica. Afirmación que en absoluto se corresponde con la realidad. Es normal que una persona que se encuentra en lo que considera una situación límite (como es acudir a los tribunales para mucha gente), prefiera solicitar los servicios de un profesional jurídico que le confiera confianza, y no optar por solicitar su designación en turno de oficio, aunque esa elección le suponga un esfuerzo económico desproporcionado para su situación patrimonial. No es inusual que se solicite la ayuda familiar, o incluso la concesión de un préstamo bancario. No es anómalo que ante eventos como el presente (privado de libertad por la imputación de un delito grave como es la agresión sexual a una hija) no se confíe en el turno de oficio. Dejando al margen la mejor o peor fama que pueda tener el turno, el abogado designado puede no ofrecer la seguridad y confianza necesaria al cliente, que prefiere elegir a quien considera el mejor profesional. Situación similar puede acontecer cuando creemos que podemos padecer una enfermedad grave, que en lugar de acudir a los sistemas públicos de sanidad preferimos ponernos en mano de un profesional de la medicina que nos ofrece confianza. Todo ello dejando al margen que, por desgracia, los impagados en la abogacía no son un fenómeno extraño.

Es por ello que la mera elección de Abogado y Procurador designados por el demandante en modo alguno puede permitir presumir que D. Fermín tenga una situación económica desahogada. Puede haberse comprometido a abonar las correspondientes minutas cuando obtenga la libertad, o que sea la familia del apelante quien ayude económicamente ante la situación extrema de su familiar, como se aduce

en el recurso. Debe incluso insistirse en que D<sup>a</sup> Gabriela al ser interrogada por el Ministerio Fiscal declaró que no tenían bienes, y que la única fuente de ingresos de su ex esposo era su trabajo, porque siempre había trabajado. Podrá ganar más o menos, pero obviamente un camarero no va a percibir grandes ingresos.

SEXTO.- En penúltimo lugar se alude a que la sentencia de instancia establece que las situaciones provocadas voluntariamente por el obligado a prestar alimentos no pueden ser causa de la extinción de su obligación. La doctrina es correcta, pero no puede aplicarse a este supuesto, por lo que el motivo también tiene que ser acogido.

Es cierto que se viene rechazando que la aparente disminución de los recursos económicos de quien está obligado a prestar alimentos, cuando se ha buscado de propósito (abandono de empleos, contraer injustificadas deudas, y situaciones similares) puedan ser causa para la minoración o supresión de las obligaciones alimentarias. Pero cuestión distinta es que el ingreso en prisión, en calidad de preso preventivo, como consecuencia de la imputación de un delito, y la consiguiente suspensión del contrato de trabajo, sea una actuación voluntaria.

No puede considerarse que sea un ingreso voluntario, ni tampoco que sea consecuencia necesaria de la comisión de un acto doloso tipificado penalmente, pues mientras no se dicte sentencia condenatoria sigue rigiendo la presunción de inocencia. Máxime en el presente caso en el que se ha dictado sentencia penal absolutoria.

SÉPTIMO.- El último motivo del recurso hace referencia a la imposición de las costas en la instancia al demandante, invocándose la doctrina recogida en alguna resolución de esta Sala sobre el criterio generalizado de no imponer las costas en cuestiones de derecho de familia, salvo supuestos de evidente temeridad o mala fe. El motivo también tendría que ser estimado.

Es criterio casi unánime de las Audiencias Provinciales que en este tipo de procesos no se aplique el criterio del vencimiento objetivo que consagra el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 como regla general, salvo supuestos de demandas claramente temerarias, o que se litigue con manifiesta mala fe. Tal postura se apoya en diversos motivos, como pueden ser a) la naturaleza de la materia enjuiciada, b) las relaciones jurídicas subyacentes son ajenas a la libre autonomía de la voluntad de las partes, al existir un claro interés público en ellas, c) el vencimiento no suele ser total, pues las discrepancias suelen circunscribirse a los efectos colaterales, normalmente los económicos; por lo que las costas sólo podrían imponerse si la parte vencida hubiese litigado con temeridad, y nada dice al respecto la sentencia recurrida, e) la subjetividad y tensiones que impregnan este tipo de litigios, que afecta a situaciones muy íntimas, la naturaleza de los intereses en juego y la forzosa necesidad de acudir a los órganos judiciales ya que no todos tienen naturaleza dispositiva.

OCTAVO.- Podría plantearse que nuestro Código Civil EDL 1889/1 no contempla expresamente la posibilidad de suspender la prestación alimenticia de forma temporal, sino exclusivamente bien su disminución (parece que parcial) acomodándola a las circunstancias del caudal de quien presta los alimentos, bien su extinción. Pero si se optase por ésta el resultado sería que debería declararse la extinción de la prestación por imposibilidad material de cumplirla, y que posteriormente D<sup>a</sup> Almudena volviese a demandar para volver a establecerla una vez que D. Fermín fue excarcelado. Entendiendo que esta duplicidad de actuaciones lo único que ocasionaría sería una innecesaria actuación jurisdiccional, debe optarse por suspender la prestación alimenticia durante el tiempo que D. Fermín estuvo privado de libertad.

Suspensión que no es baladí, no sólo en el orden económico, pues podría ver como le embargan su sueldo por las pensiones alimenticias correspondientes a esos meses, colocándole en una dificultísima situación económica; como incluso penal, al poder ser acusado de un delito de impago de pensiones.

NOVENO.- Por todo lo anterior, la sentencia apelada debe ser revocada, estimándose la demanda, sin que, en atención a lo expuesto, proceda hacer expresa imposición de las costas causadas en la instancia; y la estimación del recurso exonera de un especial pronunciamiento en cuanto a las devengadas en esta alzada (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ).

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

Por lo expuesto,

## FALLO

Estimando el recurso de apelación interpuesto en nombre de D. Fermín, contra la sentencia dictada el 13 de octubre de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de Ferrol, en los autos del juicio de modificación de medidas seguidos con el número 215/2005, a su instancia contra D<sup>a</sup> Almudena y D<sup>a</sup> Rosario, con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y, en su virtud, estimando en lo que se infiere la demanda formulada por D. Fermín, debemos declarar y declaramos la suspensión de la obligación de prestar alimentos a favor de sus hijas mientras permaneció en situación de prisión provisional; por lo que no está obligado a abonar las mensualidades correspondientes a los meses de diciembre de 2004 a octubre de 2005, ambas inclusive; todo ello sin expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias.

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

Publicación.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. señores Magistrados que la firman, y leída por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. RAFAEL JESÚS FERNÁNDEZ PORTO GARCÍA, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, Secretaria, certifico.-

Publicación.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 15030370032006100285**