

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

El progenitor privado de libertad. Efectos respecto a menores*

Private parent of freedom. Effects Respect to Minors

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular de Universidad
Derecho Civil. UCM*

RESUMEN: La patria potestad del padre en prisión se suspenderá mientras perdure cuando se haya condenado por violencia doméstica o familiar. También se le denegará la custodia compartida, en todos los supuestos de prisión, y más aún cuando es por delitos de violencia donde incluso se podrá revocar cuando se ha iniciado un procedimiento penal contra el padre por violencia doméstica. Se suspenderá el derecho de visitas cuando el padre sea condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes. 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.

ABSTRACT: *Custody of the father in prison is suspended while endure when it has been convicted of domestic or family violence. He was also denied joint custody in all cases of imprisonment, and even more when crimes of violence which may be revoked even when initiated criminal proceedings against the father of domestic violence. visitation rights will be suspended when the parent is convicted of a crime of abuse with your wife or partner and / or crime of abuse with the child or with*

* Este trabajo se integra dentro del marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyo equipo de investigación formo parte.

another son, assessing the existing risk factors. The obligation to pay maintenance to the minor children is not extinguished by the mere fact of having entered prison the parent who must provide them if the time is not lack of income or resources is credited to make them effective.

PALABRAS CLAVE: Padre. Privación de Libertad. Menores.

KEY WORDS: *Father. Privation of Liberty. Minors.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.—II. PATRIA POTESTAD.—III. MODALIDAD DE CUSTODIA.—IV. SUSPENSIÓN O NO DEL DERECHO DE VISITAS CUANDO EL PADRE ESTÁ EN PRISIÓN.—V. ¿DEBE CESAR LA PENSIÓN DE ALIMENTOS CUANDO EL PADRE ESTÁ EN PRISIÓN?—VI. CONCLUSIÓN.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

La situación del progenitor que se encuentra en prisión privado de libertad es muy variable respecto de la relación con sus hijos menores. La importancia del interés supremo del menor es lo que prima en la relación. Hay varias cuestiones a tener en cuenta y donde no hay una jurisprudencia uniforme cuyo análisis es importante a fin de ver la evolución y así conocer el punto en el que nos encontramos.

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica¹, y consecuentemente la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia², incluyen a los menores como víctimas de violencia de género.

El artículo 2 de la citada Ley Orgánica exige que la vida y desarrollo del menor tenga lugar en un entorno «libre de violencia» y que «en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

Este es el criterio que va a presidir el análisis jurisprudencial que precede, teniendo en cuenta que el progenitor puede estar en prisión por delito de violencia de género o violencia familiar, o por otras causas, pero siempre debe cuestionarse el interés supremo del menor y que su entorno se halle libre de violencia de todo tipo.

Sin olvidar la modificación producida en el artículo 160 del Código Civil que se refiere a que en caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.

II. PATRIA POTESTAD

La patria potestad es el poder global que la Ley otorga a los padres sobre los hijos. Y al igual que ocurre en todas las instituciones del Derecho de Familia, ha experimentado una evolución que ha determinado la modificación de su naturaleza jurídica en el ordenamiento actual, pues ha pasado de ser un derecho absoluto del padre, tal y como se concebía en el derecho romano primitivo y en la redacción originaria del Código Civil, a configurarse como un conjunto de poderes dirigidos a cumplir unos deberes y obligaciones que la Ley impone a los padres. Potestad que es de orden público y como tal es intransmisibile, irrenunciable, e imprescriptible.

La Constitución Española de 1978, en su artículo 39.3 señala las funciones de los padres diciendo que «*Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos fuera y dentro del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*».

En conexión con ello, y tras la reforma de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el artículo 154 del Código Civil indica que «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 tuvieran 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.

La Ley de adopción internacional de 2007³, ya en su Disposición final primera, donde modificó determinados artículos del Código Civil, suprimió la anterior facultad de «corregirlos moderada y razonablemente».

La patria potestad resulta ser una institución en beneficio de los hijos, de manera que el *interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro*, y, solo estaría justificada su privación o suspensión cuando hubiera existido por cualquiera de los progenitores un incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes de la misma.

El Código Civil, en su artículo 92, establece que aunque exista separación, nulidad o divorcio los padres, como es lógico, no están eximidos de sus obligaciones para con los hijos. Indicando que el juez en la sentencia podrá acordar la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

Los padres también podrán acordar en el convenio regulador o el juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

Si los padres viven separadamente, el mismo artículo 92 del Código Civil establece las modalidades de guarda y custodia sobre los hijos (parr. 5, 7, 8). No obstante, la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad (art. 156 del Código Civil).

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria ha modificado el apartado 2.º del artículo 156, indicando que *en caso de desacuerdo*, cualquiera de los dos podrá acudir al juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, *podrá atribuirle la total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones*. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

Y si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.

Y esta es la idea que también existe en el Libro II del Código Civil de Catalunya aprobado por la Ley 25/2010 de 29 de julio que parte del ejercicio conjunto de la misma, a salvo los acuerdos entre los cónyuges, o que la autoridad judicial determine otra cosa. Donde el artículo 236-10 dispone que solo se ejercerá exclusivamente por parte de uno de los padres en los casos de imposibilidad, ausencia o incapacidad del otro, salvo que la sentencia de incapacitación establezca otra cosa, y en el caso de que la autoridad judicial lo disponga en interés de los menores. E inmediatamente después, en el artículo 236-11, recoge los criterios para el ejercicio de la potestad en caso de que los progenitores vivan separadamente.

Así nos encontramos que el legislador catalán diferencia entre la *privación* de la potestad referida al ejercicio propiamente dicho de la filiación y la *extinción* de la misma que indica simplemente la terminación de este derecho-deber.

A la *privación* del ejercicio de la potestad parental se refiere el artículo 236-6-1 que establece que «*Los progenitores pueden ser privados de la titularidad de la potestad parental por incumplimiento grave o reiterado de sus deberes. Existe incumplimiento grave si el hijo menor o incapacitado sufre abusos sexuales o malos tratos físicos o psíquicos, o si es víctima directa o indirecta de violencia familiar o machista*».

Para proceder a la suspensión de la patria potestad hay que tener en cuenta varias cuestiones tales como la existencia de violencia, la condena del padre por violencia doméstica, o la condena por otras causas.

El Tribunal Supremo en un caso donde no hay violencia en el ámbito familiar, sostiene que la privación de la patria potestad exige la prueba contundente del incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia que corresponden, en este caso, al progenitor no custodio que se encontraba privado de libertad cumpliendo condena en un centro penitenciario y ahora en régimen de libertad, y que de no haberse aportado en el curso de las actuaciones nada impide que la patria potestad sea compartida porque lo que debe primar es el interés del menor que resulta ser el más necesitado de protección. Todo ello siguiendo una jurisprudencia, de la cual es reflejo la STS de 24 de abril de 2000⁴.

La SAP de Madrid de 26 de junio de 2007, consideró que no se han acreditado razones que justifiquen la atribución de su ejercicio «en exclusiva» a la madre por el mero hecho de que el padre esté privado de libertad cumpliendo una condena, lo cual no es por sí solo causa de privación de la patria potestad *cuando la causa de la privación de la libertad no estuviera relacionada con alguna cuestión referida con su hijo menor*. Sin perjuicio de la atribución de la guarda y

custodia del hijo a la madre, procede el ejercicio compartido de la patria potestad a ambos progenitores.⁵

También se solicitó la suspensión de la patria potestad en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de enero de 2008⁶, donde se estimó la continuidad en el mantenimiento de la patria potestad compartida por ambos progenitores sobre el menor.

No se suspende la patria potestad porque no hay violencia que atente contra el interés superior del menor; jurisprudencia reiterada desde inicios de este siglo (año 2000 STS).

No obstante, cuando existe una relación muy violenta entre el padre, que se encuentra en prisión, y los menores, además de malos tratos y una situación de miedo y ansiedad por parte de los menores procede el otorgamiento del ejercicio exclusivo de la patria potestad por la madre mientras que el padre continúe privado de libertad y no cambien las circunstancias familiares, según indicó la SAP de Barcelona, Sección 12.^a, sentencia 590/2006 de 26 de octubre de 2006⁷. Su fundamento se encuentra en el artículo 156 del Código Civil, que tiene por finalidad la de tutelar los intereses de los menores, ante la concurrencia de malos tratos, por parte del progenitor no custodio, el cual además se encuentra privado de libertad cumpliendo pena de cinco años por delito contra la salud pública, que imposibilita el ejercicio compartido de las funciones de la patria potestad.

Indicándose además que para cualquier modificación de estas medidas, los facultativos designados judicialmente, deberán realizar un exhaustivo seguimiento y exploración del padre.

En definitiva se produce una suspensión de la patria potestad del padre para que en base a la prescripción del artículo 156 del Código Civil sea ejercitada exclusivamente por la madre, mientras perdure la situación de privación de libertad del progenitor, y no se alteren las circunstancias objetivas que han determinado la adopción de tal medida.

También en un asunto de violencia contra la mujer que se siguió en Barcelona en 2014⁸, se acuerda la suspensión de la patria potestad respecto del padre que se encuentra en prisión.

III. MODALIDAD DE CUSTODIA

Recordemos que los criterios para acordar la medida de la guarda y custodia compartida se hallan establecidos por la STS, Sala Primera, de lo Civil de 29 de abril de 2013⁹. La interpretación del artículo 92 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar; que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. La redacción del citado artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos pro-

genitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

La anterior doctrina considerada como esencial, ya se había iniciado con la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de octubre de 2009¹⁰, que ya señaló la obligación de utilización de tales criterios.

En el caso de establecer la modalidad de custodia de los menores si el padre está en prisión se atribuye generalmente a la madre, máxime si hay una suspensión de la patria potestad, porque ha existido violencia de género y así se recoge en la sentencia de 24 de febrero de 2014, por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Barcelona¹¹.

También, se establece la modificación de custodia compartida, a que sea ejercida únicamente por la madre cuando el padre se halla en prisión, es el supuesto de la SAP de Alicante de 31 de octubre de 2014 que atribuye a la madre la guarda y custodia de la hija menor de los litigantes. Y con un claro criterio afirma que no procede establecer un sistema compartido de custodia puesto que el padre ha sido condenado a penas privativas de libertad, y precisamente por tal cambio en su situación personal resulta la inconveniencia de mantener la custodia compartida establecida en la sentencia recurrida¹².

Se está produciendo un cambio importante en la interpretación jurisprudencial de la aplicación del artículo 92.7 del Código Civil, al señalarse por la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de mayo de 2016¹³, la revocación del sistema de custodia compartida ante la actitud de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, del padre hacia la madre lo que hace impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige un mínimo de respeto y actitud colaborativa.

El progenitor en este caso *no está en prisión*, pero se haya incurrido en un proceso penal por un delito de coacciones frente a la mujer. El párrafo 7.º del artículo 92 del Código Civil debe analizarse teniendo en cuenta que en su interpretación debe priorizarse «el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida a acordar, sin olvidar que “el propio juzgado de violencia doméstica a la vista de las pruebas practicadas, no impide las visitas del progenitor con el menor, adoptando únicamente una medida como es la entrega del menor en el punto de encuentro para de este modo evitar enfrentamientos”. La sentencia declara probadas “las malas relaciones entre los padres, pero ello no es determinante de la denegación de la guarda y custodia compartida, pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la guarda y custodia compartida”, ya que no perjudica el interés del menor, sin que concurren otras circunstancias que lo desaconsejen».

Se deniega la custodia compartida al no existir respeto ni comunicación entre los progenitores, requisitos necesarios para la realización práctica de la medida entendida como beneficiosa para el interés del menor.

IV. SUSPENSIÓN O NO DEL DERECHO DE VISITAS CUANDO EL PADRE ESTÁ EN PRISIÓN

El acuerdo de continuar o suspender el derecho de visitas del menor a la cárcel cuando el padre está en prisión ha variado. En 2001 se mantenía el argumento de continuidad del régimen de visitas para mantener las relaciones de los menores con sus padres, pero posteriormente ha cambiado y se ha establecido en

casi todas las sentencias analizadas la suspensión de las visitas (en torno a 2005). Si el menor tiene 12 años el visitar a su padre a la cárcel puede no resultarle perjudicial. Y así se llega a nuestros días donde la suspensión será aprobada por el juez o tribunal cuando el padre sea condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes.

La SAP de Huelva, en sentencia de 6 de marzo de 2001 acordó la continuidad en el régimen de visitas de la menor, con carácter mensual, en favor de progenitor que se halla privado de libertad, a fin de que la hija no vea interrumpida la relación con su padre por esta circunstancia. Aunque se dejan sin efecto las estancias vacacionales de la menor en el domicilio de la abuela paterna¹⁴.

La SAP de Cáceres de 17 de octubre de 2005¹⁵, determina que un padre privado de libertad por cumplimiento de condena y el régimen de visitas quedará en suspenso ante la situación penitenciaria del demandado.

La SAP de Córdoba de 12 de marzo de 2007 aclara que no procede la suspensión del régimen de visitas aunque el padre se encuentre privado de libertad ya que su ingreso en prisión tan solo comporta la de aquellos derechos explícitamente señalados en la condena y esta no comprende el de relacionarse con sus hijas. No obstante, con base en el principio del superior interés de las menores de edad la Audiencia aconseja el sometimiento de la cuestión al informe de los equipos psicosociales que auxilian al juzgado¹⁶.

La SAP de Madrid de 26 de junio de 2007, suspende el derecho de visitas mientras el padre esté privado de libertad¹⁷.

La AP de Málaga en sentencia de 15 de julio de 2010, acuerda la existencia del régimen de visitas entre el progenitor paterno no custodio y su hijo menor, siendo este quien se desplace al menos una vez al mes, al centro penitenciario en el que el padre está ingresado, coincidiendo en fines de semana si es posible, para que pueda estar en compañía del padre un máximo de 2 horas o el tiempo que reglamentariamente pudiera corresponderle, si fuese menor.¹⁸ El menor tiene 12 años y hasta el momento de la sentencia solo mantenía contactos telefónicos con el padre. No consta que pueda resultar perjudicial o traumático para el menor acudir al centro penitenciario para visitar a su padre.

En la SAP de Sevilla de 31 de mayo de 2012¹⁹, donde se analiza el supuesto de un padre privado de libertad, se suprime el régimen de visitas del menor ya que la edad del menor no aconseja realizarlas al centro penitenciario. Aunque tampoco el progenitor aportó dato alguno en cuanto a la forma en que se postulan las visitas y en qué medida resultarían beneficiosas para el menor.

En la sentencia 12/2014 de 24 de febrero de 2014, dictada por el Juzgado de violencia sobre la mujer núm. 3 de Barcelona al estar el padre privado de libertad y en régimen carcelario, se estima que no es procedente que empiecen las visitas del menor en un centro penitenciario. Cuando el padre obtenga la libertad, o su situación penitenciaria le permita regresar solo a pernoctar al centro penitenciario, las visitas serán de dos horas, sábados o domingos alternos, en función de la disponibilidad del punto de encuentro y bajo supervisión de los técnicos de este. Esto en un supuesto de violencia de género²⁰.

Incluso si el progenitor está privado de libertad con carácter cautelar, como consecuencia de hallarse imputado por un presunto delito de asesinato de la pareja sentimental de la madre del menor, así como por la corta edad de dicho menor, no resulta adecuado el establecimiento de ningún régimen de visitas a favor del actor, tal y como dispuso la SAP de Asturias de 20 de noviembre de 2014²¹.

La SAP de Alicante de 31 de octubre de 2014 establece un régimen ordinario de visitas que se dejará en suspenso durante el periodo en el que el progenitor no custodio se encuentre privado de libertad²².

En este estado de cosas se pronunció el Alto Tribunal en unificación de doctrina, en su Sala Primera, de lo Civil, por sentencia de 26 de noviembre de 2015, siendo ponente ARROYO FIESTAS²³, que estableció la suspensión del régimen de visitas del menor con el progenitor por la comisión de un delito de maltrato en el ámbito doméstico específicamente por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes.

Derecho de relación con los abuelos, cuando el padre está en prisión: cese o mantenimiento

La SAP de Les Illes Balears de 30 de junio de 2000²⁴ referida a una unión no matrimonial modifica las medidas en relación con el régimen de visitas con el padre que se encuentra privado de libertad. El menor es de corta edad y su custodia la ostenta la madre, por ello se establece *un derecho de comunicación a favor del padre que se canalizará a través de los abuelos paternos*, para garantizar la medida adoptada. De manera que se establece a favor de los abuelos paternos un régimen de visitas que consistirá en que puedan tener a su nieto en su compañía el último domingo de cada mes y que se verá ampliado durante el periodo vacacional del referido menor a los días 15 de cada mes. Pero se establece un seguimiento trimestral por la psicóloga y asistente social adscritas al Juzgado a fin de que informen sobre la evolución y desarrollo de la medida adoptada.

La SAP de Huelva, en sentencia de 6 de marzo de 2001 acordó dejar sin efecto las estancias vacacionales de la menor en el domicilio de la abuela paterna y sin embargo concedió una visita mensual en prisión de la menor a su padre, acompañada por su abuela paterna, para lo cual se fija por el juzgador de instancia un fin de semana mensual, a falta de acuerdo el último de cada mes, en que la menor deberá permanecer en el domicilio de dicha abuela. Establecer a favor de la abuela paterna un derecho de relación para pasar las vacaciones excede del contenido propio de las medidas que podrán ser fijadas en los procedimientos matrimoniales, determinadas en los artículos 90 y sigs. del Código Civil (Recordemos que la Ley 42/2003, de 21 de noviembre es en donde ya se hace alusión expresa a la figura de los abuelos y a su derecho de relación)²⁵.

La procedencia o no concesión del derecho de relación de los abuelos ha de pasar necesariamente por un juicio prudente y ponderado de las circunstancias que concurran en cada caso concreto de modo que es imposible establecer un inicial régimen de visitas, estancias y comunicaciones de carácter sustitutivo a favor de la abuela paterna, ya que los contactos abuelos-nietos deben resolverse en escala diferente a la de los progenitores que cesan de su común convivencia, debiendo de tratarse de contactos más esporádicos y reservados para aquellos casos en los que existe un manifiesto impedimento por parte de quien sea el progenitor custodio de permitir esa relación.

La sentencia de la AP de Málaga de 3 de noviembre de 2011, consideró improcedente la fijación de un régimen de visitas en favor de la abuela al estar el padre en prisión preventiva. Indica la Audiencia que este derecho de los abuelos queda reservado para aquellos casos en los que existe un manifiesto impedimento por parte de quien sea el progenitor custodio de permitir esa relación, lo que no

consta en el caso ya que la abuela los ha tenido una semana recientemente y que los ve asiduamente por la calle, por residir en el mismo barrio, situación que no se podría haber dado sino con el consentimiento y anuencia de la progenitora materna no custodia, lo que hace inviable la pretensión judicial solicitada²⁶.

V. ¿DEBE CESAR LA PENSIÓN DE ALIMENTOS CUANDO EL PADRE ESTÁ EN PRISIÓN?

La obligación alimenticia que se presta a los hijos no está a expensas únicamente de los ingresos sino también de los medios o recursos de uno de los cónyuges, o, como precisa el artículo 93 del Código Civil de «las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento».

No es necesaria una liquidez dineraria inmediata para detraer de la misma la contribución sino que es posible la afectación de un patrimonio personal al pago de tales obligaciones para realizarlo y con su producto aplicarlo hasta donde alcance con esta finalidad, siempre con el límite impuesto en el artículo 152 2º del Código Civil si 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.

Ningún alimento se puede suspender por el simple hecho de haber ingresado en prisión el progenitor alimentante, gravando a la madre de los menores con la obligación de soportarlos en exclusiva, cuando nada de esto se acredita. Entonces, y no ahora, pudo haberse interesado la modificación de la medida sometiendo a contradicción y prueba los hechos de interés a un cambio de las circunstancias, lo que no hizo.

En este sentido se ha pronunciado con gran claridad el Alto Tribunal al establecer en la sentencia para unificación de doctrina, la de 14 de octubre de 2014, y afirmar con rotundidad 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 si al tiempo no se acredita la falta de ingresos o de recursos para poder hacerlos efectivos²⁷.

Totalmente contraria a la idea anterior de hace 10 años, donde por ejemplo la SAP de Cáceres de 17 de octubre de 2005²⁸, determinó que «un padre privado de libertad por cumplimiento de condena suspenderá la pensión alimenticia a favor del hijo, por la sencilla razón que el padre se encuentra privado de libertad y carece de toda clase de bienes e ingresos, no siendo correcto fijar una cantidad por dicho concepto. La respuesta jurídica correcta es que, mientras se mantengan las actuales circunstancias, no procede fijar cantidad alguna en concepto de alimentos a favor del hijo, sin perjuicio que, tan pronto cambien las mismas, la actora pueda solicitar alimentos para su hijo, en función de las necesidades del mismo y las posibilidades económicas del progenitor».

La SAP de Madrid de 26 de junio de 2007, reconoció en abstracto el derecho a pensión alimenticia del hijo con cargo al padre, pero sin que proceda cuantía porque el padre al estar en prisión no percibe ingresos²⁹.

El cambio se produce en este decenio, entendiéndose que no cabe la reducción de la cuantía de la pensión solicitada por el padre alegando su falta de ingresos por encontrarse en prisión preventiva. En el momento de la ratificación del convenio regulador a presencia judicial el padre ya estaba privado de libertad, por lo que su detención elevada a prisión preventiva le era conocida y de previsible e indeterminada duración. Además, no ha quedado acreditado los medios de vida

de que disponía con anterioridad a su ingreso en prisión ni si dispone o no de patrimonio como para poder hacer frente al abono de la cantidad que libre y voluntariamente asumiera con la suscripción del convenio regulador mencionado. Como así señaló la SAP de Málaga de 3 de noviembre de 2011³⁰.

Igualmente en la SAP de Sevilla de 31 de mayo de 2012³¹, donde había un padre privado de libertad, se acuerda que la obligación del pago de alimentos en cuantía mínima es ineludible por parte del progenitor ya que tiene que atender las necesidades básicas de su hijo³².

Tampoco impide hacer frente a sus obligaciones alimenticias el hecho de encontrarse el padre cautelarmente privado de libertad, como consecuencia de hallarse imputado por un presunto delito de asesinato de la pareja sentimental de la madre del menor. Hechos que imposibilitan la supresión del mínimo vital fijado en la sentencia de instancia habida cuenta el importe ofrecido por el obligado en su momento, y el hecho de no haber acreditado la falta de recursos patrimoniales o ingresos que le impida hacer efectiva dicha prestación alimenticia, tal y como señaló la SAP de Asturias de 20 de noviembre de 2014³³.

En la sentencia 12/2014 de 24 de febrero de 2014, dictada por el Juzgado de violencia sobre la mujer núm. 3 de Barcelona se fijó una pensión de 150 euros (mínimo vital) ya que el padre carece absolutamente de recursos, y el abono por mitad de los gastos extraordinarios. El artículo 237.1 del Libro II del Código Civil de Catalunya hace referencia al contenido de los alimentos. Según este precepto *«Se entiende por alimentos todo cuanto es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos para la formación si esta es menor y para la continuación de la formación, una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado antes por una causa que no le sea imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular. Asimismo, los alimentos incluyen los gastos funerarios, si no están cubiertos de otra forma»*³⁴.

Hay casos, como en el de la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de abril de 2012, donde se incrementa el importe de la pensión alimenticia por ser insuficiente el fijado en primera instancia dadas las necesidades de los menores e ingresos del padre alimentante, todo ello con base en que la obligación de prestar alimentos es de carácter inexcusable. Es más, el tribunal se pronuncia indicando que debe dejarse sin efecto la suspensión de la pensión hasta que el padre salga del centro penitenciario donde se encuentra privado de libertad. Teniendo en cuenta además que «ello no le impide acceder a un trabajo remunerado, pudiendo acceder al sistema de protección social en situación de desempleo una vez sea excarcelado». No existe riesgo de ser imputado de un delito de abandono de familia por el impago de la pensión dada su carencia de ingresos mientras esté en prisión.³⁵

La SAP de Alicante de 31 de octubre de 2014 incrementa la cantidad a abonar por el padre en prisión a favor de sus hijos en concepto de pensión alimenticia³⁶.

VI. CONCLUSIÓN

Resulta interesante detenerse en ver la evolución que ha experimentado la Jurisprudencia en pocos años sobre los deberes y facultades derivados de la filiación cuando el padre está en prisión. Para proceder a la suspensión de la patria potestad hay que tener en cuenta varias cuestiones tales como la existencia de violencia, la condena del padre por violencia doméstica, o la condena por otras causas, en este último caso no se suspenderá, continuará siendo compartida pero

si se producirá una suspensión de la patria potestad del padre mientras perdure la situación de privación de libertad del progenitor, cuando se haya condenado por violencia doméstica o familiar.

Lógica es la denegación de la custodia compartida, en los supuestos de prisión, y más aún cuando es por delitos de violencia donde precisamente no ha existido respeto ni comunicación entre los progenitores, requisitos necesarios para la realización práctica de la medida entendida como beneficiosa para el interés del menor. Incluso se podrá revocar el sistema de custodia compartida cuando se ha iniciado un procedimiento penal contra el padre por violencia doméstica.

También ha variado el acuerdo de continuar o suspender el derecho de visitas del menor a la cárcel cuando el padre está en prisión donde la suspensión será aprobada por el juez o tribunal cuando el padre sea condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes. Aunque si se trata de otros delitos y el menor tiene 12 años puede resultar beneficioso mantener el contacto con el padre.

En cuanto a 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.

VII. BIBLIOGRAFÍA

IGLESIA MONJE, M.^a I. de la (2012). Custodia compartida de los progenitores: casos de Procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, mayo-junio, pp. 1612-1646.

— (2013). Evolución del contenido del derecho de visita desde el estudio jurisprudencial, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 738, julio-agosto. Pags. 2650-2666 - Vlex: 458215318.

— (2013). Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 739, septiembre-octubre, pp. 3423-3439.

— (2014). La custodia compartida en casos de violencia doméstica y el superior interés del menor / Joint custody in cases of domestic violence and the best interests of the child, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 746, pp. 3265-3283.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 350/2016 de 26 de mayo de 2016, Rec. 2410/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. (La Ley 2016, 52462).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 680/2015 de 26 de noviembre de 2015, Rec. 36/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. (La Ley 2015, 177561).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 564/2014 de 14 de octubre de 2014, Rec. 660/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 2014, 141924).

- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 257/2013 de 29 de abril de 2013, Rec. 2525/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 2013, 37196).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 623/2009 de 8 de octubre de 2009, Rec. 1471/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. (La Ley 2009, 192180).
- SAP de Alicante, Sección 4.^a, sentencia 323/2014 de 31 de octubre de 2014, Rec. 321/2014. Ponente: Paloma SANCHO MAYO. (La Ley 2014, 236370).
- SAP de Asturias, Sección 7.^a, sentencia 362/2014 de 20 de noviembre de 2014, Rec. 164/2014. Ponente: José Manuel TERÁN LÓPEZ. (La Ley 2014, 220788).
- SAP de Sevilla, Sección 2.^a, sentencia 218/2012 de 31 de mayo de 2012, Rec. 105/2012. Ponente: Carlos María PIÑOL RODRÍGUEZ. (La Ley 2012, 133663).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, sentencia 200/2012 de 27 de abril de 2012, Rec. 727/2011. Ponente: José Ramón NAVARRO MIRANDA. (La Ley 2012, 94049).
- SAP de Málaga, Sección 6.^a, sentencia 565/2011 de 3 de noviembre de 2011, Rec. 252/2011. Ponente: José Javier Díez NÚÑEZ. (La Ley 2011, 307138).
- SAP de Málaga, Sección 6.^a, sentencia 408/2010 de 15 de julio de 2010, Rec. 274/2010. Ponente: José Javier Díez NÚÑEZ. (La Ley 2010, 282937).
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, sentencia 42/2008 de 18 de enero de 2008, Rec. 820/2007. Ponente: María del Mar ALONSO MARTÍNEZ. (La Ley 2008, 7500).
- SAP de Madrid, Sección 24.^a, sentencia 866/2007 de 26 de junio de 2007, Rec. 293/2007. Ponente: Miriam DE LA FUENTE GARCÍA. (La Ley 2007, 182467).
- SAP de Córdoba, Sección 2.^a, sentencia 57/2007 de 12 de marzo de 2007, Rec. 46/2007. Ponente: José María MORILLO-VELARDE PÉREZ. (La Ley 2007, 54890).
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, sentencia 590/2006 de 26 de octubre de 2006, Rec. 524/2006. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. (La Ley 2006, 244851).
- SAP de Cáceres, Sección 1.^a, sentencia 379/2005 de 17 de octubre de 2005, Rec. 422/2005. Ponente: Juan Francisco BOTE SAAVEDRA. (La Ley 2005, 201178).
- SAP de Huelva, Sección 2.^a, sentencia 99/2001 de 6 de marzo de 2001, Rec. 424/2000. Ponente: María Isabel PRIETO RODRÍGUEZ. (La Ley 2001, 5821).
- SAP de Les Illes Balears, Sección 4.^a, sentencia 455/2000 de 30 de junio de 2000, Rec. 587/1999. Ponente: Juana María GELABERT FERRAGUT. (La Ley 2000, 135260).
- Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Barcelona, sentencia 12/2014 de 24 de febrero de 2014, Rec. 94/2013. Ponente: Francisca VERDEJO TORRALBA. (La Ley 2014, 71519).

IX. LEGISLACIÓN CITADA

- Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.
- LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Publicado en: *BOE* núm. 175, de 23 de julio de 2015.

- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. *BOE* núm. 312, de 29/12/2007.
- CE artículo 39
- Código Civil (arts. 92, 142...)

NOTAS

¹ Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Publicado en *BOE*, núm. 137, de 6 de junio de 2014.

² LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Publicado en: *BOE*, núm. 175, de 23 de julio de 2015.

³ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. *BOE* núm. 312, de 29/12/2007.

⁴ La privación de la patria potestad precisa de la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia imputable de alguna forma relevante al titular de la patria potestad, juicio de imputación basado en datos contrastados y suficientemente significativos de los que pueda inducirse la realidad de aquel incumplimiento con daño o peligro grave y actual para los menores, derivados del mismo. Todas las medidas judiciales relativas a ella han de adoptarse considerando primordialmente, como indica la Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, el «interés superior» del hijo en cuyo beneficio está concebida y orientada como institución, siendo de todo punto necesario que la privación venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte actualmente conveniente a los intereses del menor, de forma que más que una sanción al incumplimiento de los deberes a ella inherentes, implica una medida de protección al niño.

En el supuesto de autos, según resulta de lo actuado, no existe circunstancia alguna que aconseje la privación de la patria potestad, como conviene la sentencia de instancia, y ni aún siquiera para suspender el ejercicio de la misma al padre, en atención al beneficio y protección del niño.

Tal conclusión se alcanza considerando que según informe del EAT Civil, obrante en autos a los folios 75 al 82, de fecha 14 de diciembre de 2006, tras el nacimiento del menor, en época en que la madre regentaba negocio propio, era el padre quien se encargaba del niño, mientras que el otro hijo de la Sra. Lucía marchaba con la abuela materna, manifestando incluso que la relación paterno-filial con Iker era más correcta que con el otro hijo de la Sra. Lucía. Además según se destaca en el mismo, en la interacción materno-filial, se ponen de manifiesto las dificultades de la progenitora para poner límites, evidenciándose un exceso de permisibilidad, destacándose que la misma se muestra minimizadora de sus propias dificultades, tanto a nivel personal como a nivel familiar, presentando una cierta inestabilidad que de no corregirse podría incidir de forma negativa en el desarrollo del menor.

Confirma también la procedencia de lo que viene dispuesto, el hecho de que la abuela materna, que depuso en la vista celebrada en primera instancia, refirió que cuando los viernes acudía a recoger al nieto mayor, Iker estaba con el padre bajo su cuidado, lo que denota, una vivida relación paterno-filial y la suposición de una consideración por parte de la madre de que la presencia del padre en modo alguno constituiría perjuicio para el niño.

⁵ SAP de Madrid, Sección 24.ª, sentencia 866/2007 de 26 de junio de 2007, Rec. 293/2007. Ponente: Miriam DE LA FUENTE GARCÍA. (La Ley 2007, 182467).

⁶ SAP de Barcelona, Sección 12.ª, sentencia 42/2008 de 18 de enero de 2008, Rec. 820/2007. Ponente: María del Mar ALONSO MARTÍNEZ. (La Ley 2008, 7500).

⁷ SAP de Barcelona, Sección 12.ª, sentencia 590/2006 de 26 de octubre de 2006, Rec. 524/2006. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. (La Ley 2006, 244851).

⁸ Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Barcelona, sentencia 12/2014 de 24 de febrero de 2014, Rec. 94/2013. Ponente: Francisca VERDEJO TORRALBA. (La Ley 2014, 71519).

⁹ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 257/2013 de 29 de abril de 2013, Rec. 2525/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 2013, 37196).

¹⁰ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 623/2009 de 8 de octubre de 2009, Rec. 1471/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. (La Ley 2009, 192180).

¹¹ Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Barcelona, sentencia 12/2014 de 24 de febrero de 2014, Rec. 94/2013. Ponente: Francisca VERDEJO TORRALBA. (La Ley 2014, 71519).

¹² SAP de Alicante, Sección 4.^a, sentencia 323/2014 de 31 de octubre de 2014, Rec. 321/2014. Ponente: Paloma SANCHO MAYO. (La Ley 2014, 236370).

¹³ STS, Sala Primera, de lo Civil, 26 de mayo de 2016. sentencia 350/2016 de 26 mayo de 2016, Rec. 2410/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. (La Ley 2016, 52462).

¹⁴ SAP de Huelva, Sección 2.^a, sentencia 99/2001 de 6 de marzo de 2001, Rec. 424/2000. Ponente: María Isabel PRIETO RODRÍGUEZ. (La Ley 2001, 5821).

¹⁵ SAP de Cáceres, Sección 1.^a, sentencia 379/2005 de 17 de octubre de 2005, Rec. 422/2005. Ponente: Juan Francisco BOTE SAAVEDRA. (La Ley 2005, 201178).

¹⁶ La SAP de Córdoba, Sección 2.^a, sentencia 57/2007 de 12 de marzo de 2007, Rec. 46/2007. Ponente: José María MORILLO-VELARDE PÉREZ. (La Ley 2007, 54890).

¹⁷ SAP de Madrid, Sección 24.^a, sentencia 866/2007 de 26 de junio de 2007, Rec. 293/2007. Ponente: Miriam DE LA FUENTE GARCÍA. (La Ley 2007, 182467).

¹⁸ SAP de Málaga, Sección 6.^a, sentencia 408/2010 de 15 de julio de 2010, Rec. 274/2010. Ponente: José Javier Díez NÚÑEZ. (La Ley 2010, 282937).

¹⁹ SAP de Sevilla, Sección 2.^a, sentencia 218/2012 de 31 de mayo de 2012, Rec. 105/2012. Ponente: Carlos María PIÑOL RODRÍGUEZ. (La Ley 2012, 133663).

²⁰ Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Barcelona, sentencia 12/2014 de 24 de febrero de 2014, Rec. 94/2013. Ponente: Francisca VERDEJO TORRALBA. (La Ley 2014, 71519).

²¹ SAP de Asturias, Sección 7.^a, sentencia 362/2014 de 20 de noviembre de 2014, Rec. 164/2014. Ponente: José Manuel TERÁN LÓPEZ. (La Ley 2014, 220788).

²² SAP de Alicante, Sección 4.^a, sentencia 323/2014 de 31 de octubre de 2014, Rec. 321/2014. Ponente: Paloma SANCHO MAYO. (La Ley 2014, 236370).

²³ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 680/2015 de 26 de noviembre de 2015, Rec. 36/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. (La Ley 2015, 177561).

²⁴ La SAP de Les Illes Balears, Sección 4.^a, sentencia 455/2000 de 30 de junio de 2000, Rec. 587/1999. Ponente: Juana María GELABERT FERRAGUT. (La Ley 2000, 135260).

²⁵ SAP de Huelva, Sección 2.^a, sentencia 99/2001 de 6 de marzo de 2001, Rec. 424/2000. Ponente: María Isabel PRIETO RODRÍGUEZ. (La Ley 2001, 5821).

²⁶ SAP de Málaga, Sección 6.^a, sentencia 565/2011 de 3 de noviembre de 2011, Rec. 252/2011. Ponente: José Javier Díez NÚÑEZ. (La Ley 2011, 307138).

²⁷ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 564/2014 de 14 de octubre de 2014, Rec. 660/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 2014, 141924).

²⁸ SAP de Cáceres, Sección 1.^a, sentencia 379/2005 de 17 de octubre de 2005, Rec. 422/2005. Ponente: Juan Francisco BOTE SAAVEDRA. (La Ley 2005, 201178).

²⁹ SAP de Madrid, Sección 24.^a, sentencia 866/2007 de 26 de junio de 2007, Rec. 293/2007. Ponente: Miriam DE LA FUENTE GARCÍA. (La Ley 2007, 182467).

³⁰ SAP de Málaga, Sección 6.^a, sentencia 565/2011 de 3 de noviembre de 2011, Rec. 252/2011. Ponente: José Javier Díez NÚÑEZ. (La Ley 2011, 307138).

³¹ SAP de Sevilla, Sección 2.^a, sentencia 218/2012 de 31 de mayo de 2012, Rec. 105/2012. Ponente: Carlos María PIÑOL RODRÍGUEZ. (La Ley 2012, 133663).

³² Solicita la parte apelante que se revoque la sentencia respecto al régimen de visitas y a la pensión de alimentos; en la sentencia y debido a que el apelante cuando se dictó la sentencia estaba en prisión se acuerda la suspensión del régimen de visitas dada la edad del menor en aquel momento 7 años, y que se considera no recomendable que deba acudir al Centro penitenciario; decimos que esa medida se adoptó en atención a las circunstancias que concurrían en ese momento, y es salvo que durante la tramitación de la apelación se hubiera producido algún hecho de gran transcendencia, lo que se debe analizar para determinar si el pronunciamiento es el adecuado, y con esta premisa se puede concluir que

lo resuelto en la sentencia de instancia debe ser confirmado pues el único objeto para la suspensión era la protección y el interés del menor que la justifica y ello porque y aunque en principio el estar el progenitor en un centro penitenciario no es motivo para suspender el régimen de relación con el hijo, sí es un hecho que no puede obviarse, y se debe analizar pues es una situación irregular en la que se debe comprobar caso por caso si el mantener en esas condiciones el régimen de visitas incluso reducido puede ser beneficioso para el menor, o bien no le sea positiva esa relación por la concreta situación en que se desarrolla, pudiendo afectarle en forma negativa; en el caso presente nada se acredita sobre la relación del padre con el hijo, como podría desarrollarse el régimen de visitas, y cuando menos plantear que el régimen de visitas será beneficioso, cuando hay además datos como la conducta del apelante que permite cuestionar muy seriamente que pueda por ahora resultar beneficioso para el menor; también es importante otro hecho sobre el que nada refiere el apelante y es si ha mantenido relación con el hijo durante estos 7 años, pues lo que no es correcto es fijar un régimen de visitas sin que previamente se analice y evalúe la repercusión en el menor si no se ha estado relacionando regularmente con él, por tanto la medida adoptada está perfectamente justificada y debe ser mantenida, sin perjuicio de que si se produce una modificación de las circunstancias, se pueda adoptar un régimen progresivo de visitas, analizando el impacto que ello pueda tener sobre el menor; respecto a la pensión de alimentos que se ha establecido y que es de una mínima cuantía responde a la ineludible obligación del progenitor de atender a las necesidades básicas del hijo, por lo que no hay ningún motivo para eximir al recurrente del cumplimiento de esa básica y esencial obligación que tiene como progenitor. Procede por lo dicho confirmar la sentencia sin hacer pronunciamiento sobre las costas.

³³ SAP de Asturias, Sección 7.^a, sentencia 362/2014 de 20 de noviembre de 2014, Rec. 164/2014. Ponente: José Manuel TERÁN LÓPEZ. (La Ley 2014, 220788).

³⁴ Es habitual que en este apartado se examine la situación económica y patrimonial de actora y demandado, así como los gastos del menor. Estos tres factores determinan la cuantía de la pensión. En el presente caso poco valor tiene dicho examen. Ni actora ni demandado realizan trabajo remunerado. Los dos carecen absolutamente de recursos. D.^a Eva María ha afirmado que vive con sus padres, que sus padres ni trabajan ni perciben prestaciones públicas, y que tanto ella como el menor, y sus progenitores subsisten de la pensión de su abuela. El demandado se encuentra en prisión, y en el centro no realiza ningún tipo de trabajo.

No se ha probado por parte de la actora (que tenía la carga de la prueba conforme al artículo 217 LEC) los gastos del pequeño, gastos que tienen una «importancia secundaria» al no haber patrimonio del que detraer las cantidades necesarias. Ello no obstante no justificaría el silencio de la sentencia, sentencia que siguiendo la tesis de la Audiencia Provincial de Barcelona ha de recoger un mínimo vital, mínimo establecido en CIENTO CINCUENTA EUROS MENSUALES (150 EUROS). Es palmario que es absolutamente imposible acceder a la cantidad interesada por la demandante de TRESCIENTOS CINCUENTA EUROS (350 euros), porque el demandado carece absolutamente de recursos, además no se han acreditado los gastos totales del pequeño, y, finalmente, porque la pensión de alimentos corresponde por igual a los dos progenitores.

La cantidad reconocida ha de ser abonada por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes, debiendo ser ingresada en la cuenta corriente que designe la demandante, y que se actualizará anualmente conforme al IPC según datos publicados por el INE u organismo público o privado que pudiera asumir en un futuro sus funciones.

A pesar de que ni actora ni demandado han interesado nada respecto de los gastos extraordinarios, esto es, los no previsibles pero necesarios, también la sentencia ha de dar respuesta a este efecto. Bien es cierto que tampoco se ha probado que el pequeño tenga unos gastos que no sean los propios de su edad. Ya me he referido a la ausencia absoluta de prueba respecto de los gastos del niño, pero la sentencia ha de quedar lo más cerrada posible en todo lo que le afecte a la menor de edad, y, por ello, ha de recogerse también lo relacionado con este efecto. Con relación a los gastos extraordinarios tiene dicho reiteradamente la Sección 12.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona (por todas sentencias 164/2008, de 12 de marzo) que «los gastos extraordinarios son los imprevistos que, además, sean ne-

cesarios o consensuados, y que con la cantidad que normalmente se señala en concepto de pensión de alimentos a cargo del progenitor no conviviente y a favor de los menores deben considerarse incluidos los alimentos ordinarios, en los términos que prevé el artículo 259 del Código de Familia, no los extraordinarios ni los extraescolares. Considera la Audiencia Provincial que los gastos extraordinarios no son los necesarios para el mantenimiento, la vivienda, el vestido, la asistencia médica y formación de los alimentistas en los que se incluye los libros y el material escolar, dado que estos forman parte de los gastos ordinarios. Tampoco pueden ser considerados como gastos extraordinarios las actividades extraescolares de los menores, afirma la Sección 12.^a «por cuanto, originadas estas al margen o fuera de la necesaria actividad escolar, como su nombre de «extraescolares» indica, los gastos relativos a las mismas habrán de ser satisfechos en la forma consensuada por los progenitores, sin que sea dable imponer desde un principio a uno de los progenitores la obligación de hacer frente a su pago por cuanto son muy variadas las circunstancias que pueden presentarse durante el período de formación de los menores que no solo aconsejen sino que, incluso, hagan necesaria su participación en las actividades que se organicen por el colegio fuera de la propia actividad escolar, y otras, aquellas como campamentos, colonias o actividades deportivas que puedan desarrollar los menores, que tampoco es dable que se hagan cargo en principio, de las mismas el progenitor conviviente que es el que primeramente se erige en receptor de las necesidades o deseos de los menores...». Serían por tanto gastos extraordinarios los que no pudiendo ser incardinables dentro de los gastos ordinarios, pues se presentan de manera súbita o inopinada al margen o fuera de los mismos, ni pudiendo considerarse tampoco comprendidos dentro de los que e originan como consecuencia de las actividades de los menores, se presentan de forma súbita o de manera no prevista, y a dicha imprevisión sobre su acaecimiento se aúna la necesidad de hacer frente a los mismos en beneficio o en interés del menor.

Teniendo en cuenta la situación de actora y demandado, descrita anteriormente, así como las necesidades de la menor se debe establecer que los gastos extraordinarios serán abonados por mitad por cada uno de los progenitores, considerándose como tales aquellos que sean necesarios o consensuados en los términos a los que me acabo de referir.

³⁵ SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, sentencia 200/2012 de 27 de abril de 2012, Rec. 727/2011. Ponente: José Ramón NAVARRO MIRANDA. (La Ley 2012, 94049).

³⁶ SAP de Alicante, Sección 4.^a, sentencia 323/2014 de 31 de octubre de 2014, Rec. 321/2014. Ponente: Paloma SANCHO MAYO. (La Ley 2014, 236370).