



Roj: **SAP NA 932/2024 - ECLI:ES:APNA:2024:932**

Id Cendoj: **31201370032024100782**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **3**

Fecha: **27/05/2024**

Nº de Recurso: **108/2024**

Nº de Resolución: **703/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Sentencias restantes**

Ponente: **ANA INMACULADA FERRER CRISTOBAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº 000703/2024**

Ilma. Sra. Presidenta

Dª. ANA INMACULADA FERRER CRISTÓBAL (Ponente)

Ilmos. Sres. Magistrados

D. DANIEL RODRÍGUEZ ANTÚNEZ

Dª. AMAGOIA SERRANO BARRIENTOS

En Pamplona/Iruña, a 27 de mayo del 2024.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación el **Rollo Civil de Sala nº 108/2024**, derivado del *Familia. Guarda, Custodia o Alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados nº 415/2023 - 0*, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 2 de Aoiz/Agoitz; siendo parte *apelante*, el demandado , **D. Gregorio** , representado por la Procuradora Dª. Alicia Castellano Álvarez y asistido por la Letrada Dª. María Carmen Sala Moreno; parte *apelada*, la demandante , **Dña. Africa** , representada por el Procurador D. José Javier Úriz Otano y asistida por la Letrada Dª. Olga Sáenz Jiménez. Interviene el Ministerio Fiscal.

Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dª. **ANA INMACULADA FERRER CRISTÓBAL**.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - Se aceptan los de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.** - Con fecha 05 de octubre del 2023, el referido Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 2 de Aoiz/Agoitz dictó Sentencia en Familia. Guarda, Custodia o **Alimentos** de hijos menores no matrimoniales no consensuados nº 415/2023 - 0, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

**" ESTIMAR PARCIALMENTE LA DEMANDA y ACUERDO las siguientes medidas:**

1. Se mantiene la titularidad de la patria potestad por ambos progenitores.
2. Se atribuye el ejercicio exclusivo de la patria potestad a doña Africa
3. Se otorga el ejercicio de la guarda y custodia respecto de Pedro y Prudencio a doña Africa .
4. Se acuerda el establecimiento de un régimen de comunicación entre don Gregorio y Prudencio de un día entre semana a través del teléfono móvil de Pedro , pudiendo ampliarse posteriormente en función de la evolución de la relación.
5. Se acuerda el pago de una pensión de **alimentos** de 200 euros mensuales, 100 euros por cada hijo, a cargo de don Gregorio , que se actualizará de acuerdo con las variaciones que experimente anualmente el IPC o índice que lo sustituya y que se abonará en los 5 primeros días del mes, en la cuenta que doña Africa designe, obligación

que cesará, respecto de cada uno de los hijos, cuando alcancen la mayoría de edad a no ser que los necesitaran para subsistir.

6. Los gastos extraordinarios necesarios, serán cubiertos al 50% entre ambos progenitores. Entienden por este concepto los siguientes gastos:-Comedor escolar, transporte, libros, y material de estudio.-Apoyo escolar, clases particulares.- Estudios universitarios, estudios de formación de enseñanza superior y de capacitación profesional, escuelas superiores privadas y otras de similares características: matrícula, libros, material, alojamiento, desplazamientos.-Posibles gastos médicos, hospitalarios y farmacológicos no cubiertos por la seguridad social o seguros privados o especiales de los padres: gastos oftalmológicos, ortodoncias, dentistas, intervenciones quirúrgicas...

Los gastos extraordinarios no necesarios, como actividades extraescolares, deportivas o culturales, campamentos, salidas de intercambios con otros alumnos y similares, clases particulares, academias y similares, cuando no sean necesarias para su rendimiento escolar, se pagarán por mitades solo cuando ambos estén de acuerdo en su realización. En caso contrario, pagará la totalidad de la actividad el que quiera que se realice.

La adopción de estas medidas no impide que producida una alteración sustancial de las circunstancias pueda iniciarse un nuevo proceso para su modificación.

No procede hacer expresa imposición de costas".

**TERCERO.** - Notificada dicha resolución, fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal de la parte demandada, D. Gregorio .

**CUARTO.** - El Ministerio Fiscal y la parte apelada, Dña. Africa , evacuaron el traslado para alegaciones, oponiéndose al recurso de apelación y solicitando su desestimación, interesando la confirmación de la sentencia de instancia.

**QUINTO.** - Admitida dicha apelación en ambos efectos y remitidos los autos a la Audiencia Provincial, previo reparto, correspondieron a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, en donde se formó el Rollo de Apelación Civil nº 108/2024, habiéndose señalado el día 7 de mayo de 2024 para su deliberación y fallo, con observancia de las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - La representación de doña Africa presentó demanda de medidas de hijo extramatrimonial frente a Don Gregorio en relación con los dos hijos comunes Pedro y Prudencio sobre guarda y custodia, **alimentos** y régimen de visitas solicitando:

-atribución de la patria potestad con atribución exclusiva del ejercicio a la madre.

-Guarda y custodia a la madre sin fijación de ningún régimen de visitas a favor de los hijos.

-Fijación en concepto de pensión alimenticia de la cantidad de 200 € mensuales para cada uno de ellos.

Manifestaba en su escrito de demanda que los progenitores convivieron en Perú hasta el mes de febrero de 2022 y que denunció a su pareja por malos tratos psicológicos e imponiéndole a este una orden de alejamiento calificada con el nivel de riesgo severo. Posteriormente vino a España donde reside actualmente con sus hijos, aunque no trabaja por lo que no tiene recursos siendo su padre quien da alojamiento y subsistencia a toda la familia. El demandado vino posteriormente España tratando de localizarla y parece que se ha instalado en DIRECCION000 , aunque desconoce los medios económicos con los que cuenta. Añadía que ha presentado una denuncia por un presunto delito de malos tratos contra don Gregorio siguiéndose por ello un procedimiento penal ante el juzgado de Primera Instancia en Instrucción nº 2 de Aoiz y que los hijos no ven a su padre desde 2022.

El señor Gregorio que fue emplazado en la ciudad de DIRECCION000 y contestó a la demanda alegando en primer lugar la falta de jurisdicción y de competencia al entender que existe cosa juzgada formal y material al haberse dictado sentencia firme en el país de origen de las partes, Perú, aportando en justificación de ello y como prueba la resolución dictada por la Corte Superior de Justicia de Lima referido a un expediente seguido en el Juzgado sede MBJ los olivos, con fecha de presentación 16 de junio de 2023 acordando fijar una pensión de **alimentos** a favor de los hijos de 600 soles. Se dice por la demandada que dicha sentencia es firme e incluso la demandante instó su ejecución en noviembre de 2022 aunque reconoce que ninguna de las partes ha solicitado reconocimiento ni homologación de la sentencia en España. Aportaba también justificante del pago de las cantidades fijadas en dicha resolución y concluía considerando que este Tribunal no es competente

para el conocimiento de la pretensión estando la demandante cometiendo fraude procesal tratando de obtener pensiones tanto en su país como ahora en España.

Se oponía también a la cuestión de fondo al entender que no se ha aportado prueba alguna de las pretensiones ejercitadas y añadía que desea seguir abonando la pensión conforme a la sentencia dictada en Perú y en una cuenta bancaria de dicho país, no teniendo permiso de residencia ni trabajo por lo que, al haber solicitado asilo, en caso de negarse tendrá que volver a su país pudiendo incurrir en delito de impago de pensiones.

En fase de prueba en instancia de la actora se practicó la exploración del hijo Pedro quien manifestó que vive con su abuelo, su madre y su hermano y que no ve a su padre desde julio de 2022 aunque le gustaría hablar con él. Añadió que cree que su hermano no quiere estar con su padre.

El juzgado de instancia dictó entonces la sentencia ahora recurrida en la que en primer lugar negaba la excepción de cosa juzgada por cuanto una sentencia extranjera que no ha sido objeto de reconocimiento en España no surte ningún efecto jurídico. En relación con las medidas solicitadas acordaba la atribución del ejercicio de la patria potestad a la madre para facilitar el ejercicio de la misma ante la falta de comunicación existente entre los progenitores. Igualmente acordaba la atribución de la guarda y custodia de los dos hijos menores a la madre con la fijación de un régimen de comunicación telefónica del hijo menor con el padre a fin de afianzar la relación que permita posteriormente establecer un régimen de visitas. No fijaba un régimen de visitas con el hijo mayor Pedro al haber cumplido este los 17 años dejándolo a la libre voluntad de este. Por último, acordaba fijar una pensión de **alimentos** de 200 € para ambos hijos teniendo en cuenta lo limitado de los recursos económicos del progenitor y el hecho de que la madre recibe una ayuda ya solicitada otro y además recibe ayuda de su padre. Fijaba una contribución al 50% de los gastos extraordinarios efectuando una calificación de las mismas.

Dicha resolución es objeto de recurso por la representación del Sr. Gregorio que insiste que en la resolución dictada en Perú se da respuesta a todas las cuestiones planteadas y no sólo al tema de la pensión de **alimentos**. Igualmente daba por acreditado que fue la Sra. Africa la que vino a España sin consentimiento del padre impidiendo con ello cualquier tipo de comunicación de este con sus hijos.

Recorre igualmente el pronunciamiento relativo a la pensión de **alimentos** insiste en la realidad de la sentencia dictada en Perú, a la situación económica en la que se encuentra, y a que fue la Sra. Africa la que asumió voluntariamente venir a España. Insiste también en que estando fijada la pensión en 300 soles (73 €), no es preciso una sentencia que suponga una subida de 27 €.

La representación de la Sra. Africa se opone al recurso interpuesto y solicita la confirmación de la resolución dictada.

**SEGUNDO.** - Insiste la recurrente en dar a la resolución dictada por los Tribunales de Perú del efecto de cosa juzgada al fijar una pensión de **alimentos** a favor de los hijos comunes de 660 soles.

Sin embargo y como bien se dice en la sentencia dictada dicha resolución carece de eficacia en España al no haber obtenido el correspondiente reconocimiento judicial.

Según dispone el art. 523 de la LEC para que las sentencias y demás títulos ejecutivos **extranjeros** tengan fuerza ejecutiva en España se estará a lo dispuesto en los Tratados **Internacionales** y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica **internacional**.

A su vez la Ley 29/2015, de 30 julio, de Cooperación Jurídica **Internacional** en su art 41 y siguientes regula el procedimiento de exequatur estableciendo que serán susceptibles de reconocimiento y ejecución en España de conformidad con las disposiciones de este título las resoluciones extranjeras firmes recaídas en un procedimiento contencioso.

El art. 44 dispone: "*1 Se reconocerán en España las resoluciones extranjeras que cumplan con los requisitos previstos en las disposiciones de este título.*

*2. Cuando el reconocimiento de una resolución extranjera se plantee de forma incidental en un procedimiento judicial, el juez que conozca del mismo deberá pronunciarse respecto a dicho reconocimiento en el seno de cada procedimiento judicial según lo dispuesto en las leyes procesales. La eficacia del reconocimiento incidental quedará limitada a lo resuelto en el proceso principal y no impedirá que se solicite el exequátur de la resolución extranjera.*

*3. En virtud del reconocimiento la resolución extranjera podrá producir en España los mismos efectos que en el Estado de origen".*

El. 45 establece: "1. Una resolución extranjera podrá ser modificada por los órganos jurisdiccionales españoles siempre que hubiera obtenido previamente su reconocimiento por vía principal o incidental con arreglo a las disposiciones de este título.

2. Esto no impedirá que se pueda plantear una nueva demanda en un procedimiento declarativo ante los órganos jurisdiccionales españoles".

Lo que la representación de la Sra. Africa pretende en este procedimiento es la adopción de una serie de medidas en relación con los hijos menores de edad, lo cual entendemos perfectamente factible conforme a lo previsto en el último párrafo del art. 45 de la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica **Internacional** que permite que se pueda plantear una nueva demanda en un proceso declarativo ante los órganos jurisdiccionales españoles, correspondiendo, en definitiva, a las partes optar bien por la modificación de la sentencia extranjera bien por la apertura de un nuevo procedimiento". ( AP de Lleida, 23 de abril de 2021 ).

La conclusión que obtenemos de todo ello es que, no habiéndose reconocido la sentencia dictada por los Tribunales peruanos, no cabe la posibilidad de estimar la cosa juzgada pudiendo perfectamente la parte presenta nueva demanda ante nuestros Tribunales, máxime cuando la resolución dicta en Perú, y al margen de las declaraciones de las partes, solo contiene pronunciamiento sobre la pensión de **alimentos**.

**TERCERO.** -Examinando el resto de los motivos de recurso se alega por la recurrente que fue la Sra. Africa quien vino a España sin consentimiento del padre impidiendo con ello las comunicaciones con sus hijos. Entendemos que ello no es motivo para modificar el régimen de visitas establecido por cuanto ha quedado acreditado que las relaciones del padre con los menores han sido prácticamente nulas incluso cuando el Sr. Gregorio vino a España. No podemos olvidar que actualmente parece residir en DIRECCION000 y no mantiene relación con sus hijos.

Igualmente procede desestimar el recurso interpuesto contra el pronunciamiento que fija en 200 € el importe de la pensión de **alimentos**. Se opone en principio la cuantía fijada alegando que ambos progenitores se encuentran en situación irregular sin permiso de trabajo en sin residencia y añade que no se puede incrementar la pensión fijada en Perú cuando la propia señora Africa vino a España voluntariamente. En primer lugar, en relación con la cuantía ha quedado acreditada la precaria situación económica de ambos progenitores. Esta Sección 3ª de la AP de Navarra ha venido poniendo de manifiesto reiteradamente que la obligación de **alimentos** de un hijo menor de edad surge directamente de la procreación - arts. 39 CE y 110 y 154.1 Cc-, y presenta una urgencia o prioridad para la satisfacción de las necesidades de los menores sobre la satisfacción de las propias necesidades de los progenitores, que han de sacrificarlas a favor de las de aquéllos ( SSTs de 5 de octubre de 1993, 16 de julio de 2002, y 8 de noviembre de 2013), de tal forma que la prestación alimenticia a favor de los hijos menores tiene naturaleza de orden público, obedece a un principio de solidaridad familiar, y es un deber constitucionalizado de elevado contenido ético. Correspondiendo dicha obligación de prestar **alimentos** a ambos progenitores (arts. 110, 143, 144 y 154 CCiv), cada uno de ellos tiene que contribuir en cantidad proporcional a sus respectivos recursos económicos (art. 145 CCiv). De ello se deriva que las coberturas de las necesidades esenciales del menor alimentista integran el llamado "mínimo vital" o mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia del mismo en condiciones de suficiencia y dignidad, y corresponde como contribución dineraria del ajeno a la custodia. Ello al margen de cualquier proporcionalidad con los ingresos del alimentante, puesto que se debe a los efectos de garantizar, al menos y en la medida de lo posible, un mínimo desarrollo físico, intelectual emocional al que deben coadyuvar sus progenitores por razón de las obligaciones asumidas por los mismos por su condición de tales. Y este mínimo vital se tiene establecido por este Tribunal (SAP Navarra -3ª- de 9 de mayo de 2016, Rollo 805/2015) en la cantidad de 150 euros mensuales actualizables: "...puesto que no se está ante una situación que impida absolutamente atenderla".

Por dicho motivo y siendo la cantidad fijada en primera instancia incluso inferior a dicho mínimo procede desestimar el recurso y mantener la cuantía en 200€ no siendo admisible como motivo de recurso una posible duplicidad en el pago de las pensiones por cuanto ello exigiría que la sentencia dictada fuera previamente reconocida.

Por todo ello procede la desestimación del recurso la confirmación íntegra de la resolución dictada.

**CUARTO.** -Las costas derivadas del presente recurso se imponen a la parte recurrente.

Vistos los precedentes fundamentos y preceptos legales en ellos contenidos y demás de general y pertinente aplicación,

**FALLO**

Esta **Sala acuerda la desestimación íntegra del recurso de apelación** interpuesto por la representación de D. Gregorio contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de Aoiz en fecha 5 de octubre de 2023 cuyo contenido ratificamos íntegramente.

Las costas derivadas del presente recurso se imponen a la parte recurrente.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La presente resolución, de concurrir los requisitos establecidos en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es susceptible de **recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra**, debiendo presentar ante esta Sección el escrito de interposición en el plazo de los **VEINTE DÍAS** siguientes al de su notificación.

Debiendo acreditarse en el momento de la interposición del recurso haber consignado el depósito exigido para recurrir en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano abierta en Banco Santander, con apercibimiento de que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.