



Roj: **SAP M 10519/2024 - ECLI:ES:APM:2024:10519**

Id Cendoj: **28079370312024100087**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **31**

Fecha: **04/07/2024**

Nº de Recurso: **351/2024**

Nº de Resolución: **256/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **EMELINA SANTANA PAEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Audiencia Provincial Civil de Madrid**

#### **Sección Trigesimoprimera**

C/ Francisco Gervás, 10 - 28020

Tfno.: 917201077

seccion31civil@madrid.org

37007740

**N.I.G.:**28.079.00.2-2022/0278198

#### **Recurso de Apelación 351/2024 NEGOCIADO 1 PA**

**O. Judicial Origen:**Juzgado de 1ª Instancia nº 28 de Madrid

Autos de Familia. Modificación de medidas con relación hijos no matrimoniales supuesto contencioso 494/2022

**APELANTE:**Dña. Kristel

PROCURADORA Dña. MARIA ISABEL HERRADA MARTIN

**MINISTERIO FISCAL**

**SENTENCIA N° 256/2024**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA:**

**ILMO SR. PRESIDENTE:**

D. JOSE A. CHAMORRO VALDES

**ILMAS. SRAS. MAGISTRADAS:**

Dña. Mª PILAR GONZALVEZ VICENTE

Dña. EMELINA SANTANA PAEZ

En Madrid, a cuatro de julio de dos mil veinticuatro.

Vistos y oídos en grado de apelación por la Sección 31ª de esta Audiencia Provincial de Madrid, los autos de Modificación de medidas con relación hijos no matrimoniales supuesto contencioso 494/2022 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 28 de Madrid - Familia

De una, como apelante, Ministerio Fiscal.

Y de otra, como apelante por adhesión al recurso, Dña. Kristel , representada por la Procuradora Dña. María Isabel Herrada Martín y asistida del Letrado D. Juan Ramón Rodríguez-Madrirdejos Rodríguez Madrirdejos.

VISTO, siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dña. EMELINA SANTANA PÁEZ.

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** -La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

**SEGUNDO.** -Con fecha 31 de julio de 2023, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 28 de Madrid - Familia, en autos de Modificación de medidas con relación hijos no matrimoniales supuesto contencioso 494/2022 se dictó sentencia número 126/2023, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

*"Debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta sobre modificación de medidas acordadas en sentencia firme, no procediendo dictar nueva sentencia.*

*Sin costas"*

**TERCERO.** -Notificada la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal, adhiriéndose la representación procesal de Dña. Kristel al recurso, en los términos que constan en escritos obrantes en autos.

Mediante providencia de fecha 20 de junio de 2024 se señaló el día 4 de julio de 2024 para deliberación, votación y fallo.

**CUARTO.** -Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO. - Antecedentes y planteamiento del recurso.**

Se interpone recurso de apelación por el Ministerio Fiscal contra la sentencia número 126/2023 de 31 de julio de 2023, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid - Familia, en autos de Modificación de medidas con relación hijos no matrimoniales supuesto contencioso 494/2022.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 458.2 de la LEC se impugnan los pronunciamientos relativos a la guarda y custodia del hijo menor de edad, Francesco , nacido el día NUM000 de 2007. Es preciso hacer constar que la madre tiene nacionalidad ecuatoriana y el padre de Cabo verde.

Como antecedentes es preciso hacer constar que se interesó por Doña Kristel la modificación de medidas acordadas en Sentencia nº 87/2020 de 4 de marzo de 2020 contra Don Isaías , interesando la guarda y custodia del menor, el ejercicio exclusivo de la patria potestad y un derecho de alimentos a favor del hijo menor de edad en la cantidad de 500€ al mes. Se basa en que el padre se ha marchado a Estados Unidos, quedándose el hijo en Madrid con la demandante.

La sentencia apelada deniega la modificación interponiendo recurso de apelación el Ministerio Fiscal contra la misma.

### **SEGUNDO. - Del cambio de custodia del hijo menor de edad Francesco , nacido el día NUM000 de 2007.**

En relación a las medidas relativas a la responsabilidad parental, debe aplicarse en orden a valorar la competencia judicial **internacional** de los Tribunales españoles, el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción **internacional** de menores (en adelante, el "RB II ter").

El criterio general de competencia es la residencia habitual de los menores, conforme al art. 7 del mismo, que establece que *"Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se acuda al órgano jurisdiccional"*.

De esta forma, España es competente puesto que Francesco tiene en España su residencia habitual en España donde ha nacido. En consecuencia, los tribunales españoles tienen competencia para conocer de dichas medidas.

En cuanto a la ley aplicable, en materia de responsabilidad parental, la norma de conflicto fijada en el art. 9.6 del C. Civil establece que *"La ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, a que se hace referencia en el apartado 4 de este artículo"*, resultando

aplicable la ley española conforme al art. 15 del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, en vigor en nuestro país desde el 1 de enero de 2011.

Teniendo en cuenta lo anterior, debemos analizar los pronunciamientos impugnados.

El Ministerio Fiscal interpone recurso de apelación, alegando como motivos de recurso que no se ha valorado la existencia de un cambio de circunstancias y custodia del menor, ya que Francesco, de 15 años, vive con su madre en España desde hace un año, debido a que el padre, quien tenía la custodia, se mudó a EEUU; hechos que considera acreditados por la declaración de la madre y del hijo en el juicio. Alega que el interés superior del menor es que se otorgue la guarda y custodia a la madre y el ejercicio exclusivo de la patria potestad en temas sanitarios, escolares y administrativos, en interés del menor.

Efectivamente, de las pruebas practicadas, en particular del interrogatorio de Dña. Kristel, y de la audiencia del menor, nacido el NUM000 /2007, queda evidenciado que, desde finales del año pasado, el padre se fue a vivir a Estados Unidos, donde reside otra de sus hijas, quedándose Francesco con la madre. Según el testimonio de ambos, el hijo ha estado viviendo en Madrid con el padre. Difieren en la fecha desde la que vivió con él ya que según el menor lo hizo desde 2017 y según la madre, desde 2020 en que ella regresó a Ecuador a ver a una hija y se tuvo que quedar allí ante la pandemia del Covid, regresando en 2021. En todo caso, es indiferente a los efectos del presente recurso.

De las pruebas practicadas, queda evidenciado que existe una contradicción entre las medidas fijadas en la sentencia cuya modificación se interesa y la realidad actual, puesto que el hijo común ya no convive con el padre. Como señala el Ministerio Fiscal, mantener la custodia paterna es contrario a la realidad actual y perjudica al menor, dejándolo en una situación de desprotección, no habiendo valorado la sentencia apelada el cambio sustancial de circunstancias.

Se argumenta que la realidad fáctica debe adecuarse a la realidad jurídica, otorgando la custodia a la madre en beneficio del menor.

La sentencia apelada se limita a señalar que *"Lo cierto es que, en el caso de Autos, ninguno de los hechos alegados ha sido acreditado, pero, lo que es más, de todos es conocido que el contenido de una Sentencia firme no se puede modificar (ello solo es posible a través de los recursos previstos en la Ley ejercitados en plazo legal). Las medidas que hoy se pretenden modificar fueron fijadas jurídicamente y tras procedimiento contradictorio, siendo la sentencia dictada firme"*. Por otro lado, no hace valoración alguna sobre el régimen de custodia, cuya modificación se interesa, y si bien, así se solicitaba en la demanda, en el acto de la vista se aclaró dado que no se incluyó en el suplico. La sentencia no da respuesta a esta petición.

Es incuestionable, por lo tanto, que existe un error en la valoración de la prueba en la sentencia apelada, además de una vulneración del art. 218 de la LEC, por incongruencia omisiva, al no pronunciarse sobre la modificación de medidas relativas a la guarda y custodia y patria potestad del hijo común. Además, parece desconocer la posibilidad de que las partes podrán solicitar del Tribunal que acordó las medidas definitivas la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas. Así se establece en el art. 775 de la LEC, debiendo tener en cuenta que, en relación a los hijos menores de edad, el art. 90.3 del Código Civil establece que *"Las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges"*

En consecuencia, debe revocarse la sentencia, estimando el recurso y acordando modificar la sentencia de fecha 31/07/2023 atribuyendo a la madre Dña. Kristel la guarda y custodia del hijo menor, así como el ejercicio exclusivo de la patria potestad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 156CC hasta el cumplimiento de la mayoría de edad.

En cuanto al régimen de visitas y comunicaciones con el padre, dada la edad del hijo, próximo a cumplir 17 años, no procede la fijación de visitas y comunicaciones pautadas, sino que podrán verse y relacionarse cuando ambos acuerden. De hecho, tanto la madre como el hijo han manifestado en el interrogatorio que hablan casi a diario.

### **TERCERO. - De la pensión de alimentos.**

En relación a la reclamación de alimentos, debemos aplicar para valorar la competencia judicial **internacional** de los Tribunales españoles, el Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (en adelante, el "Reglamento 4/2009"), el cual, en su artículo 3 establece que:

*"Serán competentes para resolver en materia de obligaciones de alimentos en los Estados miembros:*

- a) el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual, o
- b) el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual, o
- c) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa al estado de las personas, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes, o
- d) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes".

El Reglamento 4/2009 es aplicable a todos los procedimientos judiciales incoados, transacciones judiciales aprobadas o celebradas y documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados a partir del 18 de junio de 2011, por lo que resulta de aplicación en este caso.

En este caso, la pretensión de alimentos es una petición accesoria a la acción de responsabilidad parental, y además Madrid es el domicilio del acreedor, por lo que los Tribunales españoles son también competentes

En relación a la pensión de alimentos, resulta de aplicación, por remisión del art. 15 del R. 4/2009 antes citado, el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

Conforme al art. 3 del citado Protocolo establece que las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor, salvo que este Protocolo disponga otra cosa, por lo que, en consecuencia, es aplicable la lex fori.

En consecuencia, el recurso ha de ser resuelto conforme a la ley española, que resulta de aplicación no directamente, sino por designación de la norma conflictual.

La sentencia apelada no fija pensión alimenticia. Contra dicha medida se alza el Ministerio Fiscal, adhiriéndose a la representación de la madre, alegando error en la valoración de la prueba. Atribuida la custodia a la madre, y siendo el hijo menor de edad, la fijación de alimentos a su favor es una cuestión de orden público.

Hasta ahora, era reiterada la jurisprudencia ( Sentencias de 21 de julio de 2023 y 8 de enero de 2024) que establecía que en caso de ignorarse el paradero de un progenitor debería de fijarse una pensión alimenticia equivalente al 10% de sus ingresos lo que generará una deuda a su cargo a determinar en el supuesto de que pueda ser localizado. Con esta resolución el Alto Tribunal zanjaba la tesis mantenida por algunas Audiencias Provinciales que entendían que en los casos en que se desconocían los ingresos del progenitor no custodio no podía fijarse pensión alimenticia a su cargo.

Sin embargo, en la reciente sentencia de 14 de marzo de 2024 el Tribunal Supremo ha modificado su jurisprudencia estableciendo que procede fijar una cantidad líquida.

De esta forma, la jurisprudencia se adapta a la doctrina del Tribunal Constitucional que en su Sentencia 2/2024, de 15 de enero señaló: *"Si bien el dato de la capacidad económica se desconoce y no es posible aplicar con plenitud el citado principio de proporcionalidad, no es menos cierto que el art. 93 CC ordena que el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Por lo tanto, el desconocimiento de aquella capacidad económica del demandado, debida a su propia conducta elusiva de sus deberes paternofiliales, no puede erigirse en obstáculo para que la sentencia del juzgado, o en su revisión la de la audiencia provincial, hubiera fijado en este caso una cantidad líquida suficiente para la satisfacción de las necesidades del menor hijo de la recurrente ex art. 142 CC "*.

En el presente caso, no consta la capacidad económica del padre, pero sí que envía a través de un familiar, la cantidad de 150€ al mes. Francesco estudia en un instituto público, y no se han acreditado especiales gastos más allá de los propios de su sostenimiento. Por ello, procede fijar la cantidad de 200€ al mes, que se entiende como mínimo necesario para atender a su sostenimiento.

#### **CUARTO. - De las costas.**

La desestimación del recurso de apelación, conlleva la imposición de las costas del recurso a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 en relación con el art. 394 de la LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso.

### **III.- F A L L A M O S**

Que **ESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, al que se adhirió Dña. Kristel , representada por la Procuradora Dña. María Isabel Herrada Martín, contra la sentencia número 126/2023 de fecha 31 de julio de 2023, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid, en el proceso de Modificación de medidas con relación hijos no matrimoniales supuesto contencioso 494/2022, seguido por , Dña. Kristel , contra D. Isaías debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** la expresada resolución, acordando la modificación de las medidas contenidas en la sentencia número 191/2019 de fecha 4 de marzo de 2020, en relación a los siguientes pronunciamientos:

1.- se atribuye a la madre, Dña. Kristel , la guarda y custodia del hijo común, Francesco , nacido el día NUM000 de 2007.

2.- Ambos progenitores mantendrán la titularidad compartida de la patria potestad, si bien mientras que el padre siga residiendo fuera de España, se atribuye a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad en temas sanitarios, escolares y administrativos.

3.- Como pensión de alimentos a favor del hijo común, se establece que D. Isaías abonará a Dña. Kristel la cantidad de 200€ al mes; cantidad que se abonará dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente designada por la madre al efecto y que se actualizará anualmente, según el IPC o índice que lo sustituya. Los gastos extraordinarios del hijo serán abonados por ambos progenitores, en la forma prevista en la sentencia de relaciones paterno-filiales.

4.- No se fija régimen de visitas y comunicaciones pautadas, sino que padre e hijo podrán verse y relacionarse cuando ambos acuerden.

No se hace expresa condena en las costas de esta alzada.

Dese al depósito el destino legal.

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma pueda interponerse recurso de Casación que habrá de fundarse en infracción de norma procesal o sustantiva, con arreglo al art. 477. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 5597 0000 00 0351 24, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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 a 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.