



Roj: **SAP GR 591/2017 - ECLI:ES:APGR:2017:591**

Id Cendoj: **18087370052017100166**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Granada**

Sección: **5**

Fecha: **12/05/2017**

Nº de Recurso: **579/2015**

Nº de Resolución: **191/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MANUEL GARCIA SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCIÓN QUINTA

ROLLO Nº 579/15 - AUTOS Nº 38/16

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE GRANADA

ASUNTO: GUARDA Y CUSTODIA

PONENTE SR. D. JOSÉ MANUEL GARCÍA SÁNCHEZ

SENTENCIA N.º 191/17

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. ANTONIO MASCARÓ LAZCANO

MAGISTRADOS

D. RAMÓN RUIZ JIMÉNEZ

D. JOSÉ MANUEL GARCÍA SÁNCHEZ

En la Ciudad de Granada, a doce de mayo de dos mil diecisiete.

La Sección Quinta de esta Audiencia Provincial constituida con los lltmos. Sres. al margen relacionados ha visto en grado de apelación -rollo Nº 579/15- los autos de Guarda y Custodia nº 38/16 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Granada, seguidos en virtud de demanda del Sr. Abogado del Estado en representación del Ministerio de Justicia, y D^a María , contra D. Federico , siendo parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Que, por el mencionado Juzgado se dictó resolución en fecha 13 de mayo de 2016, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "1º.- *Que estimando en parte la demanda formulada por la ABOGACÍA DEL ESTADO debo condenar y condeno a DON Federico a abonar a DOÑA María la cantidad de CIEN EUROS mensuales -en su equivalente a coronas suecas- en concepto de pensión de alimentos para cada hijo; actualizándose anualmente conforme al IPC vigente en Suecia mas SIETE MIL DOSCIENTOS EUROS -en su equivalente a coronas suecas- en concepto de pensiones alimenticias atrasadas desde diciembre de 2012 hasta la presentación de la demanda, más los intereses legales que correspondan.*

No se hace expresa declaración sobre el abono de las costas causadas."

SEGUNDO .- Que contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, al que se opuso el Abogado del Estado; una vez elevadas las actuaciones a éste Tribunal se siguió el trámite prescrito y se señaló día para la votación y fallo, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.



TERCERO .- Que, por este Tribunal se han observado las formalidades legales en esta alzada.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ MANUEL GARCÍA SÁNCHEZ.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Que, por el demandado se interpone recurso de apelación contra la sentencia parcialmente estimatoria de la demanda de alimentos deducida por el Abogado del Estado, en representación del Ministerio de Justicia, como Autoridad Intermediaria y a requerimiento de la Autoridad Central Sueca, en la aplicación del Convenio Internacional de Nueva York de 20 de junio de 1956, sobre obtención de alimentos en el **extranjero**, y a raíz de la solicitud presentada en fecha 23 de febrero de 2011 por D^a María , en beneficio de sus hijos, habidos con dicho demandado, y llamados Leonardo y Paulino . Por la Juzgadora de instancia se señaló pensión a favor de ambos menores, conforme a la ley sueca, por ser de aplicación ésta en los términos del Protocolo de la Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias; asimismo, y de conformidad con el art. 8 del Código de Padres Sueco , se reconoce la aplicación de retroactiva de la obligación alimenticia que se señala, con efectos de tres años con anterioridad a la presentación de la demanda. Por su parte, el apelante impugna tan solo el pronunciamiento sobre retroactividad, por considerar que no es de aplicación la ley sustantiva del estado sueco para la resolución de la materia, y sí la legislación española, dada la exclusión que, con respecto a su art. 3, contempla el art. 4.3 del Protocolo de la Haya, según el cual, *"no obstante lo dispuesto en el artículo 3, se aplicará la ley del foro si el acreedor ha acudido a la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del deudor"* . En todo caso, invoca la aplicación de la norma de derecho internacional privado que contempla el art. 9.7 del CC , según el cual, *"el derecho a la prestación de alimentos entre parientes habrá de regularse por la ley nacional común del alimentista y del alimentante..."* , considerando que los acreedores de la pensión de alimentos reconocida son españoles de origen. Por lo que, considera, la retroactividad de los efectos de la pensión señalada habría de remontarse a la fecha de presentación de la demanda, conforme al art. 148 del CC , y no a los tres años anteriores.

Así pues, con respecto a la interpretación de las normas del Protocolo de la Haya sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, considera la Sala que no existe conflicto normativo alguno entre el art. 4.3 , en los términos reproducidos, y su art. 3, según el cual, *"las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor, salvo que este Protocolo disponga otra cosa"* . Efectivamente, la diferencia entre ambos preceptos radica en la identidad de la persona que ejercita la acción ante el tribunal competente, en este caso el español; pues, si bien es cierto que será de aplicación la ley del foro cuando quien ejercita la acción ante dicho tribunal es el acreedor de la prestación, compareciendo por sí, en su propio nombre y derecho, bien que mediante la preceptiva representación procesal, y en beneficio de los menores carentes de capacidad de obrar, no ocurre ello cuando quien comparece es la Autoridad Intermediaria, por efectos de la solicitud deducida por la persona legitimada ante las autoridades de su país de residencia, distinto al del foro; en cuyo caso, como aquí ocurre, habrá de estarse a la ley de la residencia habitual del acreedor, esto es, Suecia. Por lo tanto, es el hecho de la residencia transitoria del acreedor compareciente, revelador, al menos indiciariamente, de un arraigo en el territorio del estado al que corresponde la competencia, lo que mueve a invertir la designación de la ley sustantiva aplicable. Lo que, no ocurriendo en el presente caso, nos mueve a mantener el pronunciamiento impugnado.

Por lo demás, no afecta a la determinación del derecho aplicable, conforme a lo expuesto, la alegación relativa a la aplicabilidad del art. 9.7 del CC , según el cual, *"el derecho a la prestación de alimentos entre parientes habrá de regularse por la ley nacional común del alimentista y del alimentante"* . Para lo cual, partimos, en primer lugar, del superior rango jerárquico frente al derecho interno de los tratados internacionales suscritos por el estado español conforme al art. 96 de la CE . Y, en segundo lugar, tenemos significar que, independientemente de la consideración de nacionales españoles de los hijos menores de edad habidos de la unión entre la progenitora y el demandado, pendiente, en todo caso, del ejercicio del derecho de opción conforme a los términos del art. 20 del CC , a su emancipación o una vez alcanzada la mayoría de edad, lo cierto es que en modo alguno cabe tener a dichos menores como acreedores de la prestación, y sí solamente como beneficiarios, dada la falta de capacidad de obrar. Por lo que, una vez que la condición de acreedor concurre en el progenitor que demanda en beneficio de aquéllos, por ser la persona sobre la que recae la obligación tanto de proporcionar los medios necesarios para su subsistencia, como de suplir su falta de capacidad procesal, como ejerciente de la patria potestad, habrá de excluirse en todo caso la nacionalidad convergente de ambas partes en la dilucidación de la reclamación de alimentos objeto del presente procedimiento.

Por último, y por lo que respecta a la satisfacción de cantidades a cuenta de alimentos de los hijos por parte del deudor demandado, es lo cierto que, como acertadamente expresa la Juzgadora de instancia, el reconocimiento del derecho de alimentos que contiene el fallo de la sentencia no prejuzga sobre las cantidades



que hubieran de tenerse en cuenta para disminuir el importe de lo adeudado. Para lo cual, habrá de estarse, en su caso, a lo que resulte del eventual procedimiento de ejecución de sentencia que hubiera de iniciarse para obtener el íntegro cumplimiento del crédito por alimentos.

Por todo lo cual, procede en justicia la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- Que, de conformidad con el art. 398 de la LEC , procede imponer las costas de la presente alzada a la parte apelante.

TERCERO.- Procede resolver de conformidad con lo dispuesto en la D. Adicional decimoquinta de la Ley 1/2009 de 3 de Noviembre .

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, este Tribunal dispone, el siguiente

FALLO

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Federico , a través de su representación procesal, contra la sentencia de fecha 13 de mayo de 2016, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Granada , en autos nº 38/2016, debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada. Con imposición de las costas de la presente alzada a la parte apelante.

Désele al depósito constituido el destino legal.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ MANUEL GARCÍA SÁNCHEZ, Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando Audiencia pública la Sección Quinta de esta Ilma. Audiencia Provincial en el día de su fecha.

EL/LA LETRADO/A. DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA