

Roj: **SAP A 422/2019 - ECLI:ES:APA:2019:422**Id Cendoj: **03065370092019100069**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Elche/Elx**Sección: **9**Fecha: **08/02/2019**Nº de Recurso: **984/2018**Nº de Resolución: **61/2019**Procedimiento: **Civil**Ponente: **EDMUNDO TOMAS GARCIA RUIZ**Tipo de Resolución: **Sentencia****AUDIENCIA PROVINCIAL ALICANTE****SECCIÓN NOVENA CON SEDE EN ELCHE****Rollo de apelación nº 000984/2018**

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5 DE DIRECCION000

Autos de Familia. Guarda, Custodia o Alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados - 000111/2017

SENTENCIA Nº 61/2019**Iltmos. Sres.:****Presidente: D. José Manuel Valero Diez**

Magistrado:D. Marcos de Alba y Vega

Magistrado:D. Edmundo Tomás García Ruiz

En ELCHE, a ocho de febrero de dos mil diecinueve

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante con sede en Elche, integrada por los Iltmos. Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto los autos de Familia, Guarda, Custodia o Alimentos de hijos menores no matrimoniales seguidos con el nº 111/2017 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de DIRECCION000 , de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por D. Jesús Manuel , habiendo intervenido en la alzada dicha parte en su condición de recurrente, representado por el Procurador D. Vicente Giménez Viudes y defendido por la Letrada Dª. María Elena Elías Gavilanes, siendo parte apelada Dª. Tania , representada por la Procuradora Dª. Olga Sánchez Reyes y dirigida por la Letrada Dª. María Dolores Belmonte Gómez, con la intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de DIRECCION000 , en el referido procedimiento, se dictó sentencia con fecha 8 de enero de 2018 cuya parte dispositiva, en lo que afecta a esta resolución, es del tenor literal siguiente:

" Que **ESTIMANDO PARCIALMENTE LA DEMANDA** interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Sánchez Reyes en nombre y representación de DOÑA Tania , frente a DON Jesús Manuel , **ACUERDO** respecto los hijos menores, Marí Trini y Borja , las siguientes medidas:



1 .- La patria potestad será compartida por ambos progenitores, quedando los hijos menores bajo la guarda y custodia de la madre. El progenitor no custodio podrá disfrutar de la compañía de los hijos menores durante las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, con algunas matizaciones, en Navidad durante años alternos la madre podrá disfrutar de la compañía de sus hijos menores los días 24 y 25 de diciembre, sino existiere acuerdo entre las partes corresponderá a la madre disfrutar de dichos días los años pares, el resto de los días del periodo vacacional los hijos estarán en compañía del padre, y los años impares el padre disfrutará de la totalidad del periodo navideño; en las vacaciones escolares de verano los hijos permanecerán en

compañía del padre los meses de julio y agosto, no obstante, durante dicho periodo estival la madre podrá visitarlos tres días sin pernocta, para ello deberá comunicarlo al padre con una antelación mínima de quince días a fin de que dichas visitas no alteren los planes de viajes o actividades organizados por el padre con los menores. Igualmente durante los periodos de estancia de los menores con la madre, el padre podrá visitarlos unos días comunicándolo a la madre con una antelación mínima de quince días, para que la Sra. Tania no haga otros planes con los menores a fin de que el Sr. Jesús Manuel no vea frustrado el viaje y la estancia con los menores, dichas visitas serán con pernocta dado el largo periodo de tiempo que los menores pasan sin la presencia paterna.

Existirá total libertad por parte del padre para las comunicaciones telefónicas, por correspondencia o por cualquier otro medio con los hijos menores, siempre que no se produzcan fuera de horas normales para ello. El mismo derecho tendrá la madre durante los periodos de estancia de los hijos con el padre. Ambos progenitores deberán avisar inmediatamente al otro sobre cualquier incidencia relevante o percance que pudieran sufrir los hijos en los periodos en que se hallasen en su compañía, debiéndose ambos mantenerse recíprocamente informados de sus domicilios, números de teléfono y formas de localización a tal exclusivo fin.

2.- El padre deberá abonar una pensión alimenticia a favor de los hijos menores de 250 euros mensuales para cada uno de ellos (500.-€), los cuales deberán ingresarse en la cuenta que designe la madre, dentro de los cinco primeros días de cada mes, actualizándose anualmente conforme al incremento del Índice General de Precios al Consumo publicado cada año por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que cumpla sus funciones. En cuanto a los gastos extraordinarios de los menores, serán a cargo de ambos progenitores, debiendo satisfacer por mitad dichos gastos,

siendo consensuados y acreditados.

Contra esta sentencia puede interponerse recurso de apelación de conformidad con los artículos 455 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días a partir del día siguiente a la notificación de la misma".

En fecha 15 de febrero de 2018 se dictó auto de complemento de dicha resolución, cuyo tenor literal es el siguiente:

" SE ACUERDA el complemento de la Sentencia núm. 5/2018, dictada el 8 de enero de 2018 en procedimiento de guarda, custodia o alimentos de hijos menores no matrimoniales núm.

111/2017, de manera que en el **FALLO deberá hacerse constar que** : "Que DON Jesús Manuel deberá recoger y reintegrar a los hijos menores en el domicilio materno y deberá sufragar de manera exclusiva los gastos de desplazamiento de los hijos menores necesarios para que el padre pueda ejercer su derecho de visitas", y **donde dice**: "**2.-** El padre deberá abonar una pensión alimenticia a favor de los hijos menores de 250 euros mensuales para cada uno de ellos (500.-€), los cuales deberán ingresarse en la cuenta que designe la madre, dentro de los cinco primeros días de cada mes, actualizándose anualmente conforme al incremento del Índice General de Precios al Consumo publicado cada año por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que cumpla sus funciones. En cuanto a los gastos extraordinarios de los menores, serán a cargo de ambos progenitores, debiendo satisfacer por mitad dichos gastos, siendo consensuados y acreditados.", **deberá decir**: "**2.-** El padre deberá abonar una pensión alimenticia a favor de los hijos menores de 250 euros mensuales para cada uno de ellos (500.-€), los cuales deberán ingresarse en la cuenta que designe la madre, de forma mensual y en doce pagas anuales, por meses adelantados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, para que atienda las necesidades diarias, actualizándose anualmente conforme al incremento del Índice General de Precios al Consumo publicado cada año por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que cumpla sus funciones. En cuanto a los gastos extraordinarios de los menores, serán a cargo de ambos progenitores, debiendo satisfacer por mitad dichos gastos, siendo consensuados y acreditados" .

Segundo.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por el Procurador D. Vicente Giménez Viudes, en nombre y representación de D. Jesús Manuel, exponiendo las argumentaciones que les sirve de sustento.

Tercero.- De dicho escrito se dio traslado a D^a. Tania y al Ministerio Fiscal, emplazándoles por diez días para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo



que les resultara desfavorable, dentro de cuyo término la Procuradora D^a. Olga Sánchez Reyes y el Ministerio Fiscal presentaron escrito de oposición.

Cuarto.- Previo emplazamiento de las partes por término de diez días, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación con el nº 984/18, que ha quedado para sentencia sin celebración de vista, tras señalarse para el día 7 de febrero de 2019 su deliberación, votación y fallo.

Quinto.- En la tramitación de ambas instancias, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilma. Sr. D. Edmundo Tomás García Ruiz, que expresa la convicción del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Objeto del recurso de apelación interpuesto.

D. Jesús Manuel plantea recurso de apelación alegando los siguientes motivos: 1- Impugnación del pronunciamiento relativo a la admisión de la competencia territorial del tribunal de instancia y sobre la aplicación de la ley material española. Vulneración de los arts. 36 y ss., 769.3 y 4 L.E.C. y 8 del Reglamento CE nº 2201/2003, por errónea interpretación del concepto "residencia habitual del menor" establecido como criterio para la atribución de la competencia jurisdiccional. 2- Vulneración del principio de carga de la prueba, de la buena fe, del derecho del actor a la tutela judicial efectiva y de coherencia con los actos propios. Infracción de los arts. 2.1 y 46 del Reglamento CE nº 2201/2003, respecto a la existencia y validez del Pacto Amistoso previamente acordado en el país de origen por los progenitores. 3- Infracción del art. 770.1º L.E.C. en relación con el pronunciamiento relativo a la adopción de medidas de carácter patrimonial (pago de pensión de alimentos y gastos extraordinarios) y la privación de la patria potestad. 4- Vulneración del principio de equilibrio y trato equitativo a las partes en relación con el pronunciamiento relativo al régimen de visitas y las condiciones fijadas para su ejercicio por el progenitor no custodio.

D^a. Tania se opone a este recurso alegando que la competencia territorial corresponde al juzgado de la residencia de los menores, en este caso, DIRECCION000, de conformidad con el art. 769.3 L.E.C. En cuanto a los pronunciamientos relativos a la pensión de alimentos, gastos extraordinarios y régimen de visitas, considera que la valoración de la prueba y la aplicación de normas jurídicas realizada en la sentencia apelada es plenamente ajustada a derecho y debe ser confirmada en la presente resolución.

El Ministerio Fiscal solicitó la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

Segundo.- Competencia de los órganos judiciales españoles para el conocimiento del procedimiento.

La sentencia recurrida desestimó la excepción de falta de competencia territorial y funcional de los Juzgados de Primera Instancia de DIRECCION000, planteada por la parte demandada en su contestación a la demanda, argumentando que el art. 769.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone al respecto que "En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En el caso de residir los progenitores en *distintos partidos judiciales*, será tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la *residencia del menor*".

Y, en este caso, consta acreditado que los hijos menores de edad, Marí Trini y Borja, residen con la Sra. Tania en el territorio español desde junio de 2016 por acuerdo de ambos progenitores, según la documentación que se acompaña a la demanda (documentos nº 4 a 8), que acredita que actualmente los menores residen con la madre en la C/ DIRECCION001, NUM000 NUM001, Puerta NUM002, de DIRECCION000 (Alicante), y ello con la conformidad del padre".

Pues bien, el artículo 3 del Reglamento CE 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, enumera los criterios de competencia internacional para el conocimiento de los procedimientos comprendidos en su ámbito de aplicación, regulado en su art. 1 y entre los que incluyen los relativos a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental, y en particular, entre otras materias, al derecho de custodia y al derecho de visita.

Así, dispone que la competencia corresponde a "los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

a- en cuyo territorio se encuentre: - la residencia habitual de los cónyuges, o - el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o - la residencia habitual del demandado, o - en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o - la residencia habitual



del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o - la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su "domicile";

b- de la **nacionalidad** de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del "domicile" común".

Y el artículo 8, bajo el epígrafe de competencia general, dispone: "1. 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 presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional*".

Por su lado, el art. 22 quáter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras la reforma introducida por la LO. 7/15, de 21 de julio, con entrada en vigor a partir del 1 de octubre de 2015, traspuso al ordenamiento jurídico nacional los criterios anteriores, y en particular en lo que afecta a este procedimiento, dispone que los tribunales españoles son competentes en los siguientes supuestos:

"c) En materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan **nacionalidad** española.

d) En materia de filiación y de *relaciones paterno-filiales*, protección de menores y de *responsabilidad parental*, cuando el hijo o *menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda* o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos *desde seis meses antes de la presentación de la demanda*

f) En materia de *alimentos*, cuando el acreedor o el demandado de los mismos tenga su residencia habitual en España o, si la pretensión de alimentos se formula como accesorio a una cuestión sobre el estado civil o de una acción de responsabilidad parental, cuando los Tribunales españoles fuesen competentes para conocer de esta última acción".

Y el artículo 22 octies.2 dispone que "Los Tribunales españoles apreciarán, de oficio o a instancia de parte, su competencia de conformidad con las *normas vigentes y las circunstancias concurrentes en el momento de presentación de la demanda*, y el proceso se sustanciará hasta su conclusión aunque dichas normas o circunstancias hayan sido modificadas con posterioridad, salvo que expresamente se determine lo contrario", norma concordante con los arts. 410 y 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre efectos de la litispendencia y la perpetuación de la jurisdicción.

Se trata, pues, de una lista exhaustiva y cerrada que fija unos criterios de competencia objetivos y exclusivos. Objetivos, porque no se condicionan por la voluntad de las partes y no puede darse competencia a un órgano que no la tiene. Y exclusivos, porque no cabe el recurso a otros fueros que no estén expresamente previstos en este Reglamento (art. 6 del Reglamento).

Por tanto, pudiendo estar incardinado el supuesto contemplado en este procedimiento en el art. 8 del Reglamento 2201/2003 y en el art. 22 quáter, letra d, de la LOPJ, por versar sobre materia de responsabilidad parental y residir los hijos menores en España al tiempo de la interposición de la demanda y la demandante desde seis meses antes de la presentación de la demanda, es preciso concretar si esta residencia puede catalogarse de habitual o simplemente de temporal o esporádica.

En este sentido, el concepto de "*residencia habitual*" no viene definido ni en el Reglamento 2201/2003 ni en la LOPJ, sino que tiene que ser determinado por el Juez en cada caso en atención a elementos objetivos extraídos de las circunstancias concurrentes.

Así, la Guía práctica emitida por la Comisión de la UE de aplicación del citado Reglamento (Bruselas II) señala: "El principio fundamental del Reglamento es que el foro más apropiado en materia de responsabilidad parental es el órgano jurisdiccional del Estado miembro en que resida habitualmente el menor. El Reglamento no define el concepto de "residencia habitual", que se utiliza cada vez más en instrumentos internacionales, sino que tiene que ser determinado por el juez en cada caso sobre la base de elementos objetivos. El significado del término debe interpretarse con arreglo a los objetivos y fines del Reglamento".



No obstante, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha definido y clarificado el concepto de residencia habitual con arreglo al Reglamento 2201/2003, en base a los objetivos y finalidad de la norma.

En primer lugar, la STJUE de 2 de abril de 2009 (C-523/07) indica que "la "residencia habitual" debe determinarse sobre la base de un conjunto de circunstancias de hecho que son particulares en cada caso" (apartado 37); que "además de la presencia física en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional y que la residencia del menor se traduce en una determinada integración en un entorno social y familiar" (apartado 38); que "en particular han de tenerse en cuenta la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la **nacionalidad** del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado (apartado 39).

Asimismo, describe determinados *indicios* de los que puede deducirse "la intención de los padres de establecerse con el menor en otro Estado", tales como "la compra o alquiler de una vivienda en el Estado miembro de destino y la solicitud de una vivienda social presentada ante los servicios competentes del referido Estado" (apartado 40).

Añade la SSTJUE de 22 de diciembre de 2010 (C-497/10) que "para distinguir la residencia habitual de una mera presencia temporal, la referida residencia debe ser en principio de cierta duración, para que revele una estabilidad suficiente. El Reglamento no prevé sin embargo una duración mínima. En efecto, para el traslado de la residencia habitual al Estado miembro de acogida importa ante todo la voluntad del interesado de fijar en ese Estado el centro permanente o habitual de sus intereses con la intención de conferirle un carácter estable. Así pues, la duración de una estancia solo puede servir como indicio en la evaluación de la estabilidad de la residencia, que debe realizarse a la luz de la totalidad de las circunstancias de hecho específicas de cada caso" (apartado 51).

Y aplicando la anterior normativa y doctrina jurisprudencial al presente caso, se aprecia la concurrencia de uno de los criterios expresamente previstos para la atribución de la competencia territorial a los órganos judiciales españoles, y concretamente a los del partido judicial de DIRECCION000 , al considerar de aplicación el criterio que anuda la competencia de los órganos judiciales españoles en materia de responsabilidad parental a la residencia habitual de los hijos menores en España al tiempo de la interposición de la demanda y de la demandante desde seis meses anteriores a la presentación de la demanda, por reunir la estancia en nuestro país de la Sra. Tania y sus hijos menores las características propias de una *residencia habitual o permanente* .

En este sentido, tanto la demandante como sus dos hijos menores, Marí Trini y Borja , de 11 y 8 años de edad en la actualidad, tienen tarjeta de residencia comunitaria en España desde el 20 de septiembre de 2016 (documentos nº 4, 5 y 6 de la demanda), están empadronados en el Ayuntamiento de DIRECCION000 desde el 20 de junio de 2016 (documento nº 8 de la demanda) y los hijos están escolarizados en el Colegio DIRECCION002 de DIRECCION000 , de Dehesa de DIRECCION003 (Marí Trini en cuarto de primaria y Borja en segundo de primaria, en el curso escolar 2017-2018 -documentos aportados en la vista por la parte actora-).

Además, la vivienda en la que residen se encuentra a poca distancia de la de otros miembros de la familia materna (declaración en juicio de D, Armando), y en cuanto a las razones de su permanencia en nuestro país, la Sra. Tania manifestó que fue por motivos económicos, dado que dejó de percibir cualquier ayuda pública en Bélgica y sus hermanos le ofrecieron un trabajo de administrativa, por el que percibe unos 850 € al mes. Asimismo, su intención de contraer en breve nuevo matrimonio con un ciudadano estadounidense y la posibilidad de que ello implique el cambio de residencia con sus hijos a los Estados Unidos, no modifica las anteriores conclusiones acerca de su voluntad de mantener su residencia en España de manera estable o duradera, pues los preceptos legales mencionados no exigen que sea de forma definitiva. De hecho, hasta la fecha no se ha producido un cambio de residencia, como resulta del pasaporte exhibido a petición de la parte demandada, habiendo transcurrido un periodo de dos años y seis meses aproximadamente.

Es más, en el "Acuerdo con vistas a una salida a España de dos hijos menores", firmado por ambas partes el 14 de mayo de 2016, se expone que "las partes se ponen de acuerdo para que los niños comunes *se instalen* con su madre en Alicante, España" El Sr. Jesús Manuel da su acuerdo para que los niños se domicilien en España con su madre y la autoriza a tomar todos los contactos necesarios y efectuar los trámites necesarios para los niños a tal efecto, ante organismo oficiales (particularmente para la cobertura social, la cobertura de mutualidad, *la inscripción escolar* , los documentos administrativos y fiscales, ...)".

Esto es, el Sr. Jesús Manuel no sólo consintió el traslado temporal a España de la Sra. Tania con los hijos comunes menores de edad, sino también para que se instalaran en España y los matriculara en un colegio, lo que de por sí implica una voluntad de permanencia, más allá de una estancia ocasional.



Por todo ello, concurren los presupuestos necesarios para atribuir a los juzgados españoles la competencia para el conocimiento del presente procedimiento, debiendo confirmarse este pronunciamiento de la sentencia dictada en la instancia.

Tercero.- *Infracción de los arts. 2.1 y 46 del Reglamento 2201/2003 respecto a la exigencia y validez del Pacto Amistoso previamente acordado en Bélgica por los progenitores.*

Al respecto, alega la parte apelante vulneración del principio de buena fe y de coherencia con los actos propios, puesto que la parte actora interpuso la demanda en contra de los términos del Acuerdo Amistoso suscrito con el demandado en mayo de 2012, registrado ante la autoridad belga competente (documento nº 3 de la demanda), que contiene medidas tanto relativas al ejercicio de la responsabilidad parental, como de naturaleza patrimonial.

Opone la parte apelada que la madre se vio obligada a interponer la demanda ante el incumplimiento del padre de sus obligaciones de contribuir al mantenimiento de sus hijos y velar por su interés, pues no ha abonado cantidad alguna desde la separación efectiva de la pareja en 2012. A su vez, el Sr. Jesús Manuel no cumplió el régimen de visitas con sus hijos establecido en el Pacto Amistoso, al no haberlos visto desde mayo hasta diciembre de 2016.

El artículo 46 del Reglamento nº 2201/2003 (Sección 5-Documentos públicos y acuerdos), dispone que "Los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados en un Estado miembro, así como los acuerdos entre las partes que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, serán reconocidos y se dotarán de fuerza ejecutiva en las mismas condiciones que las resoluciones judiciales".

Sin embargo, este precepto no impide la adopción por los órganos judiciales españoles de las medidas solicitadas en la demanda por los motivos que se exponen a continuación.

En primer lugar, porque el apartado 17 del Convenio de Separación Amistoso, relativo a su revisión, prevé en su apartado c) que "En caso de fracaso en la mediación o negociación, el litigio se llevará ante el Tribunal competente". Y, como se ha indicado con anterioridad, no se han vulnerado las normas sobre competencia establecidas en el referido Reglamento y en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Y en segundo lugar, porque la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, dispone en su artículo 27, relativo a la ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos:

"1. Sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, el reconocimiento y ejecución de un acuerdo de mediación se producirá en la forma prevista en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil.

2. Un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás.

3. El documento extranjero no podrá ser ejecutado cuando resulte contrario al orden público español".

En este supuesto, el acuerdo de mediación suscrito en Bélgica en fecha 9 de mayo de 2012 no ha sido declarado ejecutable por una autoridad judicial extranjera o española, y, además, contiene una norma relativa a los alimentos de los hijos menores que vulnera una norma imperativa de nuestro Código Civil.

En efecto, el mencionado apartado 17 prevé en su letra a) que, para compensar las contribuciones alimentarias inexistentes, D. Jesús Manuel liquida, solo y por saldo de toda cuenta, todas las deudas comunes anteriores a este día, además del crédito inmobiliario ING del hogar en disolución, que asciende a 100.000 € aproximadamente, incluidos intereses.

Y concluye literalmente: "Así, D^a. Tania acepta no reclamar a D. Jesús Manuel las contribuciones alimentarias hasta intervención definitiva de estas deudas".

Sin embargo, el art. 151 del Código Civil dispone que "No es renunciante ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos. Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas". El art. 152 regula los modos de extinción de la obligación de dar alimentos, sin incluir entre ellos la renuncia o transacción. Y el art. 1814 dispone que "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros".

Acerca del derecho a los alimentos señala la sentencia de esta Sala nº 15/18, de 16 de enero, que "Este derecho de alimentos se caracteriza por las siguientes notas:-Solidaridad entre los llamados a prestarlos por necesidad o especiales circunstancias (art. 151.1 CC). - Irrenunciabilidad al derecho de percepción, aunque



lo sean las pensiones atrasadas (art. 151.1 CC). - Intransmisibilidad de este derecho (art. 151.1 CC). - No compensabilidad de la pensión alimentaria, aunque lo sean las deudas atrasadas y no susceptibilidad de transacción ni compromiso de los alimentos futuros (arts. 1.814 y 1.821 CC)".

En este mismo sentido, declara la STS. de 13 de mayo de 2000 : " *Tampoco se ha producido situación transaccional, dados los términos prohibitivos del artículo 1814 del Código Civil , ya que el "status filii" no está sujeto a actividad contractual de los litigantes "* .

Es por ello por lo que la SAP. Guadalajara (Sección 1ª) de 25 de febrero de 2016 señala que " *los contratantes no pueden establecer en los contratos cláusulas contrarias a la ley ni al orden público (art. 1255CC) y el acuerdo litigioso se trata de una transacción expresamente prohibida en el art. 1814 del CC , en relación con lo dispuesto en el artículo 151 del mismo texto legal "* . Y el AAP, Barcelona (Sección 19ª) de 25 de abril de 2012 indica : " *Manifestaciones concretas de la improcedencia de la renuncia las encontramos en el derecho sustantivo, por ejemplo, en el artículo 1814 del Código Civil ..."* .

Cuarto.- Medidas de carácter patrimonial .

Este motivo de apelación no debe motivar una decisión expresa, pues la parte apelante manifiesta que "no pretende impugnar los pronunciamientos relativos a la cuantía fijada en concepto de pensión de alimentos, ni a la obligación impuesta ... de abonar la mitad de los gastos extraordinarios de los hijos menores", explicando que realiza estas alegaciones únicamente "con carácter formal". De hecho, en el suplico de su recurso nada se solicita al respecto.

Y en este sentido, el art. 458.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que "En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna " .

En consecuencia, estos pronunciamientos no han sido impugnados ni se ha ejercitado respecto de ellos una pretensión de revocación de la sentencia recurrida, al margen de que la estimación del primer motivo de apelación relativo a la falta de competencia de los tribunales españoles, habría determinado la revocación total de dicha resolución.

Por lo demás, el art. 752.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "Los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento".

Quinto.- Régimen de visitas . Condiciones fijadas para su ejercicio .

Por último, se recurren los pronunciamientos de la Juez "a quo" que imponen a esta parte una serie de cargas adicionales en relación con el ejercicio del derecho de visita, tanto de carácter personal como económico, que en su opinión condiciona en la práctica dicho derecho, vulnerando el principio de equilibrio y trato equitativo de las partes en litigio.

A tales efectos, el auto de 15 de febrero de 2018, de complemento de la sentencia dictada en las actuaciones, dictaminó que el padre deberá recoger y reintegrar a los hijos menores en el domicilio materno y sufragar de manera exclusiva los gastos de desplazamiento necesarios para que pueda ejercer su derecho de visitas.

En cambio, el Sr. Jesús Manuel solicita: - que los gastos derivados de los viajes de ida y vuelta de los menores entre España y Bélgica se consideren gastos extraordinarios, siendo obligación de los progenitores la de sufragarlos por mitad; - que el padre recogerá a los hijos menores en el domicilio del progenitor custodio y este deberá, a su vez, viajar a Bélgica para retornarlos a su domicilio, o bien a la inversa, alternativamente; - eventualmente, puede establecerse que los menores viajen acompañados por un adulto en los trayectos de ida y vuelta mediante la contratación de un servicio de asistencia a menores ofertado por las compañías aéreas.

La Sra. Tania se opone a dichas peticiones, interesando que los menores sean recogidos y retornados al domicilio materno, sufragando el padre los gastos de los viajes correspondientes dada su mayor capacidad económica. También rechaza la posibilidad de que realicen los viajes con la asistencia de un servicio de acompañante.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre supuestos semejantes al presente. Así, la STS de 16 de mayo de 2017 resume la jurisprudencia sobre esta materia señalando:

"El art. 94 CC . *encomienda al juez la determinación del tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visitas (...)* No existe una previsión legal acerca de cómo debe organizarse el sistema de visitas ni con carácter general ni, en particular, cuando los progenitores residen en lugares alejados o incluso, como sucede en el caso, en países que se encuentran en distintos continentes. Como ha advertido esta sala, cuando no exista un acuerdo entre los



progenitores que sea beneficioso para el menor, para los supuestos que supongan un desplazamiento de larga distancia , es preciso ponderar las circunstancias concurrentes con el fin de adoptar las medidas singulares más adecuadas en interés del menor (sentencias 289/2014, de 26 de mayo , 685/2014, de 19 de noviembre , 565/2016, de 27 de septiembre).

La determinación del tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visitas a que se refiere el art. 94 CC . exige concretar la frecuencia de las visitas y su duración, quién se desplaza y quién asume el gasto del desplazamiento para adaptar el régimen a las circunstancias que concurren: la edad del menor, la distancia, las molestias y condiciones del viaje, las circunstancias personales, familiares y profesionales de los progenitores, su disponibilidad horaria y personal para viajar, sus recursos económicos, etc. En función de esas circunstancias hay que establecer si, para compensar la dificultad que supone la distancia para las visitas más frecuentes es posible ampliar las visitas de los periodos vacacionales, si debe trasladarse el menor -solo o acompañado- o si, por el contrario, debe trasladarse uno de los progenitores, y cuál, para recogerlo.

Puesto que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la custodia permanente se configuran como un derecho del progenitor y, al mismo tiempo, como un derecho del propio hijo, un régimen de visitas que entorpezca su relación es contrario al interés del menor. (...)

Partiendo de estos dos principios, interés del menor (art. 39 CE y art. 2 de la LO. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , arts. 92 y 94 CC) y reparto equitativo de las cargas (que se induce también de los arts. 90.1.d ., 91 y 93 CC), la solución que se adopte en cada caso tiene que ser la ajustada a las circunstancias concretas . No resulta posible adoptar de manera rígida un único sistema de frecuencia, duración, ni de traslado y contribución a sus gastos " .

Pues bien, vistas las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, no se aprecia la vulneración de los principios jurídicos que se mencionan, pues la entrega y recogida de los menores en el domicilio materno es una medida adecuada a las circunstancias concurrentes en este supuesto y favorecedora del interés de los menores, dada su edad. Y el pago por el padre de los gastos de desplazamiento también es acorde a la capacidad económica de uno y otro progenitor, resultante de los documentos incorporados a los autos y del propio interrogatorio del demandado.

Sexto.- Costas procesales de la alzada .

No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta segunda instancia, habida cuenta de la particular naturaleza del proceso ventilado, en que se dilucidan cuestiones sujetas al principio de orden público, como son las relativas al interés de hijos menores de edad.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey, y por la autoridad conferida por el Pueblo Español;

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso de apelación interpuesto por D. Jesús Manuel , representado por el Procurador D. Vicente Giménez Viudes, contra la sentencia de fecha 8 de enero de 2018 y auto que complementa la anterior de fecha 15 de febrero de 2018, dictados en los autos de juicio de alimentos, guarda y custodia de hijos extramatrimoniales nº 111/2017, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de DIRECCION000 , debemos **confirmar y confirmamos** dicha resolución, sin imposición a la parte apelante de las costas procesales de la alzada y pérdida del depósito constituido para recurrir, en su caso.

Notifíquese esta sentencia conforme a la Ley y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Hágase saber a las partes que esta sentencia no es firme y que contra la misma, cabe *recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación* en los casos previstos en los arts. 468 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil que deberán ser interpuestos en un plazo de VEINTE DÍAS contados a partir del siguiente al de su notificación para ser resueltos, según los casos, por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana o por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Junto con el escrito de interposición de los recursos antedichos deberán aportarse, en su caso, los siguientes documentos, sin los cuales no se admitirán a trámite:

1º Justificante de ingreso de depósito por importe de CINCUENTA EUROS (50.- €) en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" de este Tribunal nº 3575 indicando el "concepto 04" para el recurso extraordinario por infracción procesal y el "concepto 06" para el recurso de casación.



2º Caso de ser procedente, el modelo 696 de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la jurisdicción prevista en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, y normativa que la desarrolla.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior resolución ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el lltmo Sr. Ponente, estando la Sala reunida en Audiencia Pública, doy fé.

17

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ