

SAP Málaga 13 mayo 2005

(= guarda y custodia y alimentos de menores marroquíes)

Cuestiones:

1º) ¿Qué argumentación emplea el tribunal para resolver el problema de la Ley aplicable a la guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos del menor?

2º) ¿Qué utilización hace el tribunal del art. 11 del Convenio de La Haya de 1973 sobre Ley aplicable a las obligaciones de alimentos?

SAP Málaga 13 mayo 2005

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Contra la Sentencia de instancia que concede a la esposa accionante la guarda y custodia de los hijos habidos en matrimonio con el demandado, y fija pensión alimenticia a cargo del esposo demandado en beneficio de los hijos, se alza en apelación este alegando vulneración de la legislación marroquí sobre las cuestiones controvertidas, pretendiendo subsidiariamente la adecuación de la pensión alimenticia a sus medios económicos. Con carácter previo, aparece como indiscutido que los litigantes, así como sus hijos, ostenta la nacionalidad marroquí, residiendo actualmente en España; que los litigantes contrajeron matrimonio en su país de origen conforme a la legislación allí vigente; y, que los litigantes residen con sus hijos en España en el mismo domicilio. Sentado lo anterior, conforme al artículo 107 del CC, la separación y el divorcio se registrarán por la Ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda. Precepto que determina en el caso enjuiciado la aplicación de la legislación marroquí a las pretensiones de separación matrimonial entre los ahora litigantes. El criterio expuesto tiene especial importancia respecto de las pretensiones deducidas por la actora sobre guarda y custodia de los hijos y atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, pues indiscutido que ambos litigantes viven en el mismo domicilio en unión de sus hijos, dichas pretensiones solo tienen cabida a través del correspondiente procedimiento de separación matrimonial. Así respecto de la guarda y custodia de los hijos, falta el presupuesto básico exigido por el artículo 159 del CC, para provocar un pronunciamiento judicial al margen del correspondiente proceso de separación matrimonial, cual es que los progenitores no vivan juntos, lo mismo cabe

decir con relación a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar que sólo encuentra apoyo en el ámbito del proceso matrimonial con fundamento en el artículo 91 del CC. Consecuencia de lo expuesto es que las peticiones sobre guarda y custodia de los hijos, otorgada por la sentencia de instancia con fundamento en la legislación española sobre separación matrimonial, infringe lo dispuesto en el artículo 107 CC, procediendo su revocación sin perjuicio de que por la interesada su pueda hacer valer el derecho propio aplicable por razón de la nacionalidad común de los litigantes, esto es, la legislación marroquí, ante los tribunales españoles como autorizan los artículos 21 y 22 LOPJ.

SEGUNDO: Distinta solución merece la petición de alimentos a favor de los hijos y a cargo del padre demandado, en cuanto tiene adecuado cauce al margen del proceso de separación matrimonial, artículos 143 n° 2 y concordante del CC, y expreso fundamento en el Convenio de la Haya de 2 Octubre 1973 vigente en España desde 1986, y aplicable al caso enjuiciado. Pues bien, conforme al artículo 1 del Convenio tanto la esposa como los hijos están legitimados activamente para exigir la obligación de alimentos; estando igualmente legitimado pasivamente el demandado, progenitor de los hijos para quienes se piden los alimentos. De otro lado, para su concesión, conforme al artículo 11 del Convenio, se debe estar al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe. En el presente caso aparece suficientemente acreditado el derecho de los hijos, teniendo en cuenta su minoría de edad. De otro lado, en cuanto a la valoración de las necesidades debe tomarse en consideración la minusvalía de tres de los hijos, y la ausencia de ingresos económicos del otro progenitor, y la necesaria limitación en su obtención derivada de su dedicación al cuidado de los hijos _(recuérdese que la obligación de prestación de alimentos, compete a ambos progenitores)-. De otro lado, consta que el demandado percibe regularmente ingresos económicos como consecuencia de su actividad laboral dedicada al comercio al por menor de frutas y verduras, y a la actividad de frutería (según documental y testifical obrante en autos). En consecuencia, a la vista de lo expuesto, procede el reconocimiento del derecho a la pensión alimenticia a favor de los hijos y a cargo del padre, y en la cuantía establecida en la sentencia de instancia al considerase proporcional a las necesidades de los hijos y medios económicos del obligado a su pago.

... FALLAMOS Que estimando como estimamos parcialmente el recurso de apelación....

- - - -