



Roj: **AAP T 156/2017 - ECLI: ES:APT:2017:156A**

Id Cendoj: **43148370012017200022**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **1**

Fecha: **25/01/2017**

Nº de Recurso: **265/2016**

Nº de Resolución: **30/2017**

Procedimiento: **Incidente**

Ponente: **ANTONIO CARRIL PAN**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL

TARRAGONA

SECCION PRIMERA

ROLLO NUM. 265/16

GUARDA Y CUSTODIA NUM. 1076/2015

TARRAGONA NUM. CINCO

A U T O num. 30/17

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE

D. Antonio Carril Pan

MAGISTRADOS

Dª Mª Pilar Aguilar Vallino

D. Manuel Horacio García Rodríguez

En Tarragona, a 25 de enero de 2017.

Visto ante la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por Ruperto , representado por el Procurador Sr. Sánchez y defendido por el Letrado Sr. Fortuny Tacias, en el Rollo nº 265/2016, derivado del procedimiento de Guarda y Custodia nº 1076/2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Tarragona

HECHOS

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho del auto recurrido; y

PRIMERO.- En los autos del procedimiento de Guarda y Custodia nº 1076/2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Tarragona se dictó el Auto de 24/11/2015 cuya parte dispositiva es del tenor siguiente: "DEBO DECLARAR Y DECLARO la falta de competencia internacional de los Juzgados y Tribunales españoles para el conocimiento del presente procedimiento.

INADMÍTASE A TRÁMITE LA DEMANDA Y SOBRESÉASE el presente procedimiento".

SEGUNDO.- Contra el auto referido auto se interpuso recurso de apelación por Ruperto en base a los argumentos contenidos en el correspondiente escrito.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente D. Antonio Carril Pan.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La apelación se alza contra la declaración por el órgano de instancia de su falta de competencia judicial internacional para conocer de la demanda de guarda y custodia de un menor que, residiendo en España con ambos progenitores, había sido trasladado por la madre a Rusia, al proceder de ese país ella y residir allí su familia.

SEGUNDO.- En primer lugar, conviene precisar que la demanda inicial del procedimiento se refiere a la regulación de los efectos derivados de la ruptura de una pareja estable, formalizada en escritura notarial de 4 de abril de 2013, relativos a la patria potestad, guarda y custodia del menor **Victorio**, nacido el NUM000 /2014 en España de padre que ostenta la **nacionalidad** española y madre rusa, residiendo la pareja y el hijo en España hasta el 1 de septiembre de 2015, fecha en la que la madre se desplazó a Rusia con el hijo, presentando el padre la demanda rectora de este procedimiento el 8/9/2015.

El *art. 36 de la LEC* determina la extensión y límites de la jurisdicción de los Tribunales españoles de acuerdo con lo dispuesto en la *LOPJ así como por los tratados y convenios internacionales en los que España es parte*. El *artículo 38* de la misma Ley dispone la apreciación de oficio de la falta de competencia internacional tan pronto como sea advertida.

En principio procede señalar que no constan tratados entre España y Rusia aplicable a la materia, por lo que procede acudir a los criterios establecidos en el *art. 22 de la LOPJ* vigente al tiempo de interponerse la demanda.

El *art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* establece las reglas que determinan la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles, con carácter imperativo y no dispositivo, por lo que su observancia ha de ser apreciada de oficio por el Juzgador, sin que la autonomía de la voluntad de las partes pueda alterar su aplicación de no existir sumisión. En lo que a este procedimiento interesa, dicho *artículo 22.2º de la LOPJ* establecía, al tiempo de presentarse la demanda en septiembre de 2015, con carácter general, la competencia en el orden civil de los Juzgados y Tribunales españoles, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España. Su *nº 3º* disponía que en defecto de los criterios precedentes, los tribunales españoles conocerían, entre otras materias, en materia de filiación y de relaciones paternofiliales, cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España; y en materia de alimentos, cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio español.

Y el *art 769.3 LEC* 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".

Partiendo de la referida regulación procede declarar la competencia del Juzgado *nº 5* de Tarragona para conocer de la demanda de guarda y custodia del menor dado que se trata de relaciones paternofiliales y el *artículo 22.3º de la LOPJ* atribuye la competencia para conocer de esas cuestiones a los Tribunales españoles, como una de las alternativas, cuando el demandante sea español. Si bien ello nos plantearía la cuestión de si en ese proceso se podrá conocer de los alimentos del menor, dada la disposición del *art. 22.3º* al que venimos refiriéndonos, que la atribuye a los Tribunales españoles únicamente si reside en España el acreedor, se entiende que ello sucede cuando la demanda sea de alimentos para mayores de edad, pero no cuando se trate de fijar alimentos para un menor como consecuencia de la guarda de los mismos, procesos en los que la fijación de los alimentos es una obligación derivada de la potestad parental que no se ve alterada por la forma de ejercicio de la guarda (*Art. 233-10 del CCC*).

En el caso de autos debemos estar a las fechas de presentación de la demanda, momento en el que procede señalar que el menor tenía su residencia, al igual que los padres, en España, pues en ella venía residiendo de forma habitual hasta el 1 de septiembre de 2015, fecha en la que la madre se trasladó a Rusia con el menor, presentándose la demanda el 8/9/2015 antes de que madre e hijo pudieran consolidar su residencia en el país al que se trasladaron, por lo que los tribunales españoles conservaban su competencia para conocer de la litis.

TERCERO.- Que la estimación del recurso planteado obliga a no hacer imposición de costas a la parte apelante por disposición del *art. 398 de la L. Enj. Civil*.

VISTOS los preceptos legales y demás aplicables.

DECIDIMOS:

Que declaramos **HABER LUGAR** a la apelación interpuesta por **Ruperto** contra el auto de 24 de noviembre de 2015 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia *nº 5* de Tarragona, cuya resolución revocamos y dejamos sin



efecto, declarando la competencia internacional del referido juzgado para conocer de la demanda de guarda y custodia del menor debiendo continuar el proceso por los tramites legalmente previstos.

Sin imposición de costas a la parte apelante.

Así por esta nuestra sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ