



Roj: **SAP C 600/2018 - ECLI:ES:APC:2018:600**

Id Cendoj: **15030370042018100088**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **04/04/2018**

Nº de Recurso: **510/2017**

Nº de Resolución: **119/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

A CORUÑA

SENTENCIA: 00119/2018

N10250

DE LAS CIGARRERAS, 1 (A CORUÑA)

-

Tfno.: 981182091 Fax: 981182089

MP

**N.I.G.** 15030 42 1 2006 0008793

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000510 /2017**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de A CORUÑA

**Procedimiento de origen:** MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000382 /2016

Recurrente: Gloria

Procurador: MARIA FREIRE RODRIGUEZ-SABIO

Abogado: TANIA TIZON VEDE

Recurrido: Luis Francisco , MINISTERIO FISCAL MINISTERIO FISCAL

Procurador: NURIA RAMON CAMPOS,

Abogado: BENIGNO GROBAS BLANCO,

**S E N T E N C I A**

**Nº119/18**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION CUARTA**

**CIVIL-MERCANTIL**

**Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:**

**JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

**ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ**

**PABLO GONZÁLEZ CARRERÓ FOJÓN.**



En A CORUÑA, a cuatro de abril de dos mil dieciocho

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000382 /2016, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000510 /2017, en los que aparece como parte demandada-apelante, Gloria , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARIA FREIRE RODRIGUEZ-SABIO, asistido por el Abogado D. TANIA TIZON VEDE, y como parte demandante-apelada, Luis Francisco , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. NURIA RAMON CAMPOS, asistido por el Abogado D. BENIGNO GROBAS BLANCO, MINISTERIO FISCAL sobre MODIFICACION DE MEDIDAS POR ALTERACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el XDO. DE PRIMERA INSTANCIA N° 3 DE A CORUÑA se dictó resolución con fecha 8-6-17, la expresada resolución contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:

"Que estimo la demanda formulada por la Procuradora Doña Nuria Ramon en nombre y representación de Don Luis Francisco , contra Doña Gloria , acordando: Don Luis Francisco , podrá estar en compañía de sus hijos, a) En cuanto a las vacaciones estivales corresponderá al padre el mes de julio los años pares y el mes de agosto los años impares, b) Los años impares estarán en compañía del padre, desde que terminan el periodo escolar, en Navidad hasta Reyes c) La Semana Santa estarán en compañía del padre los años pares d) Los gastos de desplazamiento de los hijos desde Suiza hasta A Coruña, serán abonados por mitad. No se hace mención a las costas causadas en este procedimiento".

**SEGUNDO.-** Contra la referida resolución por demandada se interpuso recurso de apelación para ante esta Audiencia Provincial, que le fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

**TERCERO.-** Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **PRIMERO: Del planteamiento del litigio en la alzada.-**

En el presente procedimiento se pretende la fijación de un nuevo régimen de comunicación del padre con respecto a sus hijos, fijado el mismo, por mor de sentencia dictada con fecha 8 de junio de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de A Coruña , pese a la denuncia de falta de competencia de los tribunales españoles, contra dicha resolución judicial se interpuso recurso de apelación por la demandada, en el que, en primer término, sostenía la falta de jurisdicción para el conocimiento del presente litigio, al corresponder el mismo a la justicia Suiza.

Oído al respecto el Ministerio Fiscal, en trance de segunda instancia, emitió un cuidado dictamen, en el que sostiene la falta de competencia internacional de este tribunal, instando se declarase la nulidad de lo actuado, sin perjuicio del derecho del actor de reproducir su demanda de fijación de un régimen definitivo de visitas con los menores ante los tribunales suizos.

#### **SEGUNDO: De las circunstancias fácticas concurrentes.-**

A los efectos resolutorios de la presente controversia hemos de partir de las consideraciones siguientes:

A) El actor D. Luis Francisco y la demandada D<sup>a</sup> Gloria contrajeron matrimonio, el 4 de agosto de 2001, fruto de dicha relación nacieron dos hijos Raimundo , que cuenta actualmente con 16 años de edad, y Juan Carlos de 13 años.

B) Por sentencia de 18 de diciembre de 2006 se decretó el divorcio de ambos cónyuges, sin que se acordaran medidas definitivas con respecto a los hijos del matrimonio, al hallarse los mismos bajo tutela de la Xunta de Galicia.

C) Por resolución administrativa de la Xunta de 31 de octubre de 2013 se acuerda continuar con la medida de tutela y acogimiento residencial, desestimando la pretensión de la madre de que se le confiriera la guardia y custodia de sus hijos.

D) Por sentencia de 19 de marzo de 2015 de esta sección 4<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de A Coruña se dejó sin efecto dicha resolución administrativa, acordándose atribuir a la madre demandante la guardia y custodia de sus hijos, con la posibilidad de trasladarlos a Suiza, y estableciendo un régimen provisional de visitas a favor del padre.



E) Actualmente los menores viven en Suiza, en compañía de su madre, solicitando el padre se determine un régimen de visitas definitivo para comunicarse con sus hijos.

#### **TERCERO: Sobre la competencia internacional de los Tribunales españoles.-**

En primer lugar, hemos de decir que no es de aplicación el Reglamento 2201/2003 CEE, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, toda vez que Suiza no forma parte de la Unión Europea.

No obstante, sí que es de aplicación el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, suscrito tanto por España como por Suiza.

El ámbito de aplicación del Convenio comprende, conforme a su art. 3 b) el derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un período limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual.

Por su parte, el art. 5 del mentado Convenio norma que:

"1. Las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual".

Es por ello que el conocimiento de la presente demanda corresponde a la jurisdicción suiza, al ser el país helvético el de residencia habitual de los niños.

Según establece el art. 36 de la LEC, la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.

Los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias siguientes, y, en la 2ª de ellas, se establece: "Cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado".

Por su parte, el art. 21 de la LOPJ norma que: "Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre **extranjeros** y entre españoles y **extranjeros** con arreglo a lo establecido en la presente ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte".

La falta de apreciación de la competencia internacional se deberá efectuar de oficio conforme establece el art. 38 de la LEC, sin perjuicio de denuncia de parte.

En consecuencia por aplicación de lo normado en el art. 225.1 de la LEC procede decretar la nulidad de lo actuado, absteniéndonos de conocer, debiendo la parte actora formular su petición ante los tribunales suizos.

#### **CUARTO: Sobre las costas y depósito.-**

La estimación del recurso de apelación y la falta de competencia de los órganos jurisdiccionales españoles, con declaración de nulidad de actuaciones, conlleva no proceda la imposición de las costas de ambas instancias ( arts. 394 y 398 LEC ).

También se debe acordar la devolución del depósito constituido por la parte apelante de conformidad con la disposición adicional 15ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial

#### **FALLAMOS**

Con estimación del recurso de apelación interpuesto, revocamos la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de A Coruña, declaramos la falta de competencia internacional de los tribunales españoles para el conocimiento de la demanda, decretando la nulidad de lo actuado, debiendo formular el actor su pretensión ante los tribunales suizos, todo ello sin hacer especial condena en costas de ambas instancias.



Se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir.

Esta resolución no es firme en Derecho y contra ella cabe recurso de casación, y, en tal caso, extraordinario por infracción procesal a interponer en el plazo de 20 días en este mismo tribunal para su conocimiento por la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta sentencia de la que se llevará certificación al rollo de apelación civil, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Iltmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Iltmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe,

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ