



Roj: **AAP B 2488/2018 - ECLI:ES:APB:2018:2488A**

Id Cendoj: **08019370182018200250**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **14/05/2018**

Nº de Recurso: **1254/2017**

Nº de Resolución: **294/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DOLORES VIÑAS MAESTRE**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120178007868

Recurso de apelación 1254/2017 -C

Materia: Ejecución de sentencia extranjera

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Exequator 316/2017

Parte recurrente/Solicitante: Graciela , Juan Ramón

Procurador/a: Susana Manzanares Corominas, Susana Manzanares Corominas

Abogado/a: Anna Maria Vidal Cardona

Parte recurrida:

Procurador/a:

Abogado/a:

AUTO Nº 294/2018

Magistradas:

D^a Myriam Sambola Cabrer

D^a M^a José Pérez Tormo

D^a Dolores Viñas Maestre (Ponente)

Barcelona, 14 de mayo de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 8-5-2017 se dictó Auto por el Juzgado de Primera Instancia n. 316 /2017 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Se deniega el reconocimiennto solicitado por Dña. Graciela y D. Juan Ramón . Se acuerda que Dña. Graciela y D. Juan Ramón sean guardadores de hecho con funciones tutelares de la menor Violeta ."

SEGUNDO.- Interpuesto Recurso de Apelación contra el anterior Auto por la parte que insta el expediente, se elevaron a esta Audiencia los Autos y tras los trámites procesales oportunos se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 8-5-2018.

Se designó ponente a la Magistrada D^a Dolors Viñas Maestre .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente procedimiento tiene por objeto el reconocimiento y ejecución de la resolución dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Kaloum (Conaky República de Guinea) que acuerda la delegación de la responsabilidad parental de la menor Violeta (nacida el NUM000 -2001) por parte de sus padres a su tío y esposa que son los que instan el expediente. Se solicita el reconocimiento y con base en lo dispuesto en el artículo 44,4 de la Ley de Cooperación internacional la constitución de la tutela.

El Fiscal no se opone al reconocimiento pero sostiene que debe equipararse la medida adoptada a una guarda de hecho con funciones tutelares del art. 225 CCC. Los demandantes reiteran la petición de tutela alegando que para acceder a la autorización de residencia en España con carácter permanente y con una validez de 5 años la oficina de **extranjeros** exige la tutela. El Auto que es objeto de apelación deniega el reconocimiento de la resolución por cuestiones de orden público. Entiende que la potestad en nuestro ordenamiento jurídico es intransferible y que por dicho motivo no puede reconocerse una delegación de potestad. Pero pese a no reconocer la resolución, al amparo del art. 44,4 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional y del art. 225 del Codi Civil Catalán se nombra a los instantes guardadores de hecho con funciones tutelares.

En el recurso de apelación se reiteran los argumentos de la instancia.

SEGUNDO.- Marco Normativo en cuanto al exequátur.

Artículos 41,2 ; 44,4 y 46 de la Ley 29/2015, de 30 de julio de Cooperación Jurídica Internacional , al no resultar de aplicación ningún Convenio o Tratado internacional (art. 2) y en cuanto al procedimiento los artículos 41 y siguientes de la citada Ley .

El art. 41,2 dispone que "También serán susceptibles de reconocimiento y ejecución de conformidad con las disposiciones de este título las resoluciones extranjeras definitivas adoptadas en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria".

El art. 44,4 dispone que "Si una resolución contiene una medida que es desconocida en el ordenamiento jurídico español, se adaptara a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen. Cualquiera de las partes podrá impugnar la adaptación de la medida".

Yel art. 46 dispone que "1. Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán:

1. a) Cuando fueran contrarias al orden público.
2. b) Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes (...).
- c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional **extranjero** hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española.
- d) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España.
- e) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.
- f) Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el **extranjero**.

2. Las transacciones judiciales extranjeras no se reconocerán cuando fueran contrarias al orden público".

El art. 12,3 de la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria dispone que "El reconocimiento en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras sólo se denegara en estos casos:



- a) Si el acto hubiera sido acordado por autoridad extranjera manifiestamente incompetente. Se considerara que la autoridad extranjera es competente si el supuesto presenta vínculos fundados con el Estado **extranjero** cuyas autoridades han otorgado dicho acto. Se considerara, en todo caso, que las autoridades extranjeras son manifiestamente incompetentes cuando el supuesto afecte a una materia cuya competencia exclusiva corresponda a los órganos judiciales o autoridades españolas.
- b) Si el acto hubiera sido acordado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de los implicados.
- c) Si el reconocimiento del acto produjera efectos manifiestamente contrarios al orden público español.
- d) Si el reconocimiento del acto implicara la violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento jurídico".

TERCERO.- Sobre el orden público.

La resolución apelada deniega el reconocimiento de la resolución dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Kaloum (República de Gineya) por entender que la delegación en el ejercicio de la potestad parental contraría al orden público. La Sala no comparte dicha consideración.

El Codi Civil Catalán, ordenamiento aplicable al tener la menor su residencia habitual en Cataluña (art. 9,6 del Código Civil al que se remite el art. 16 del mismo cuerpo legal) contempla la potestad parental como una función inexcusable que se ejerce personalmente en interés de los hijos (art. 236-2) cuyo ejercicio es conjunto por regla general salvo que la autoridad judicial disponga otra cosa (art. 236-8), con posibilidad de delegación de su ejercicio a uno solo de los progenitores (arts. 236-9 y 236-11) y aun cuando no prevé ni regula la posibilidad de que los progenitores deleguen el ejercicio de la potestad a un tercero, sí prevé que la autoridad judicial pueda adoptar las medidas que estime necesarias para evitar cualquier perjuicio personal o patrimonial limitando las facultades de los progenitores, medidas que puede adoptar a petición de los progenitores (art. 236-3) dentro de las cuales cabe la de atribuir funciones tutelares a un tercero que comportan, como se verá, la suspensión de la potestad. El art. 228-6 también prevé la posibilidad que los progenitores soliciten a la entidad pública competente en materia de protección de menores que asuma temporalmente la guarda. Con acierto la resolución apelada señala que la potestad parental es irrenunciable. Efectivamente entendemos que la potestad parental de los padres con relación a sus hijos menores es un derecho-función que trasciende del ámbito meramente privado y hace que su ejercicio sea obligatorio y no facultativo para su titular, por lo que tiene carácter indisponible e irrenunciable, impide a quien la ostenta abandonarla y solo se extingue por las causas legales pero nuestro ordenamiento jurídico prevé a su vez la posibilidad de que sea un tercero el que ejerza las funciones propias de la potestad parental cuando lo acuerde la autoridad judicial o la entidad pública, ésta última incluso a petición de los propios progenitores.

Para que el orden público se erija en obstáculo del reconocimiento de una resolución extranjera es preciso que lo acordado en dicha resolución suponga un grave menoscabo de los principios y valores jurídicos, políticos o morales que por ser fundamentales merecen la consideración de irrenunciables y se entiende como instrumento al servicio de los destinatarios de las normas y de la protección de los derechos individuales más que como instrumento destinado al respeto en abstracto de los ordenamientos jurídicos. Es decir, como sostiene doctrina cualificada, el orden público entendido como salvaguarda de un determinado modelo de familia viene desapareciendo progresivamente y orientándose hacia un orden público de protección entendido como salvaguarda de los derechos de las personas. Respecto a la vertiente procesal del orden público la sentencia del Tribunal Supremo de 14-3-2007 (ROJ:STS 1442/2007) la identifica con los derechos y garantías establecidas en el art. 24 de la CE .

Lo anteriormente expuesto conduce a la Sala a considerar que la resolución judicial extranjera que atribuye a los tíos de la menor las funciones propias de la potestad parental, aunque lo haga por decisión de los progenitores, no atenta contra el orden público de nuestro ordenamiento jurídico en el que se prevé la posibilidad de que por la autoridad judicial o entidad pública competente en materia de protección de menores se adopten medidas de análoga naturaleza con la finalidad de proteger a un menor de edad. La resolución extranjera no atenta ni menoscaba principios esenciales de nuestro ordenamiento ni supone un menoscabo de la concepción jurídica que la potestad parental tiene en nuestro sistema legal. En consecuencia procede acceder al reconocimiento de dicha resolución pues no concurre ninguna causa que determine el no reconocimiento.

CUARTO.- Sobre la adaptación de la medida.

Siendo desconocida en nuestro ordenamiento la delegación de la potestad parental por ambos progenitores, debe adaptarse a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares como previene el art. 44,4 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional . Los apelantes solicitan



la constitución de la tutela. La resolución apelada ha acordado la guarda de hecho con funciones tutelares de la menor por parte de los instantes.

No puede constituirse la tutela porque la resolución extranjera no implica privación de la potestad parental a los progenitores, sino delegación o atribución de las funciones propias de la potestad parental a los tíos de la menor. A diferencia de lo que se alega en el recurso, la menor está sometida o en potestad parental y el art. 222-1 CCC permite la constitución de la tutela respecto a menores no emancipados que no estén en potestad parental. Ello tiene su razón de ser en que, atendido el contenido de la potestad y de la tutela, no pueden mantenerse subsistentes ambas instituciones, que resultan incompatibles o inconciliables. Es necesario por tanto, para la constitución de la tutela ordinaria sobre la menor de edad, que se encuentre privada de la potestad.

No obstante lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de atribuir la guarda a una persona o personas que no sean los progenitores con funciones tutelares que es lo que ha acordado la resolución apelada. El Preámbulo del Codi Civil Catalan señala que "cuando se ejerce la guarda de hecho de una persona que está en potestad parental o en tutela, también se ha considerado pertinente que la autoridad judicial pueda conferir funciones tutelares al guardador, si existen circunstancias, como por ejemplo la duración previsible de la guarda o las necesidades de la persona guardada, que lo hagan aconsejable. La atribución de funciones tutelares comporta la suspensión de la potestad o la tutela, y evita al guardador la carga, demasiado onerosa, sobre todo en un contexto familiar, de tener que instar la privación de la potestad o la remoción del tutor". El art. 225-3, 2 CCC dispone que " En la guarda de hecho de personas que estén en potestad parental o en tutela, la autoridad judicial puede conferir al guardador, si lo solicitan aquellas personas, las funciones tutelares, siempre y cuando concurren circunstancias que lo hagan aconsejable(...). Esta atribución comporta la suspensión de la potestad parental o tutela". El art. 233-10 , 4 del mismo texto legal dispone que "La autoridad judicial, excepcionalmente, puede encomendar la guarda a los abuelos, a otros parientes, a personas próximas o, en su defecto, a una institución idónea, a las que pueden conferirse funciones tutelares con suspensión de la potestad parental".

La suspensión de la potestad parental implica la asunción por los familiares a quien se ha atribuido la guarda de todas las funciones propias de la potestad parental, incluida la de representación legal. Su contenido es análogo al de la tutela en tanto comprende todas las funciones de la misma. Y esta es la institución jurídica de nuestro ordenamiento jurídico a la que se adapta el contenido de la resolución extranjera que se ha reconocido, ya que la delegación contenida en dicha resolución de los padres a los tíos paternos respecto a la hija menor se hace para que los tíos puedan ejercer la patria potestad sobre su hija en España, sin limitación de las funciones que la integran.

Se estima por tanto en parte el recurso.

QUINTO.- Costas.

No se hace pronunciamiento sobre las costas (art. 394 LEC).

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA que ESTIMANDO EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por Juan Ramón y Graciela , contra el auto dictado en fecha 13-6-2017, por el Juzgado de Primera Instancia en autos de n. 16 de Barcelona de los que el presente rollo dimana debemos REVOCAR EN PARTE la referida resolución, acordando el reconocimiento de la resolución del Tribunal de Primera Instancia de Kaloum de 18-4-2016 atribuyendo a los instantes la guarda sobre la menor Violeta cuyo ejercicio comprenderá el de todas las funciones tutelares incluida la de representación legal, con suspensión de la potestad parental de los progenitores, sin pronunciamiento sobre las costas del recurso.

Notifíquese la presente resolución a las partes interesadas y verificado, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que integran este Tribunal.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Lo acordamos y firmamos.

Las Magistradas :