



Roj: **SAP SS 255/2018 - ECLI:ES:APSS:2018:255**

Id Cendoj: **20069370032018100057**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **3**

Fecha: **26/02/2018**

Nº de Recurso: **3326/2017**

Nº de Resolución: **25/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JUANA MARIA UNANUE ARRATIBEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN TERCERA
GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - HIRUGARREN SEKZIOA

SAN MARTIN 41-2ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000713

Fax / Faxes: 943-000701

NIG PV / IZO EAE: 20.04.2-10/000429

NIG CGPJ / IZO BJKN :20030.42.1-2010/0000429

Recurso de apelación / Apelazioko errekurtsua 3326/2017

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : UPAD de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de DIRECCION000 / DIRECCION000 Lehen Auzialdiko eta Instrukzioko 2 zk.ko ZULUP

Autos de Modificación medidas definitivas 228/2015 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Candida

Procurador/a/ Prokuradorea:MARIA JESUS RONDA GARCIA

Abogado/a / Abokatua: ANA PIERNAS LOPEZ

Recurrido/a / Errekurritua: FISCALIA . .

Procurador/a / Prokuradorea:

Abogado/a/ Abokatua:

SENTENCIA Nº 25/2018

ILMOS/AS. SRES/AS.

Dª. JUANA MARIA UNANUE ARRATIBEL

Dª CARMEN BILDARRAZ ALZURI

D. JORGE JUAN HOYOS MORENO

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a veintiseis de febrero de dos mil dieciocho.

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa - Sección Tercera, constituida por los/as Ilmo/as. Sres/as. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de MMD 228/2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de DIRECCION000 , a instancia de Candida - apelante - , representada por la Procuradora Sra. MARIA JESUS RONDA y defendida por la Letrada Sra. ANA PIERNAS LOPEZ, siendo igualmente parte apelada el MINISTERIO FISCAL; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 28 de Febrero de 2017 .



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Upad Primera Instancia e Instrucción número 2 de DIRECCION000 , se dictó sentencia con fecha 28 de febrero de 2017 , que contiene el siguiente FALLO:

" **ESTIMO PARCIALMENTE LA DEMANDA** sobre *Modificación de Medidas Definitivas* presentada por la procuradora Dña. Cristina Gabilondo Lapeyra en nombre y representación de *D. Donato contra Dña. Candida* , representada por la procuradora Dña. María Jesús Ronda García, **ampliando las visitas del padre en el siguiente modo** :

Todos los períodos de vacaciones escolares distintos de los de verano, Navidad y Semana Santa, las pasará el menor con su padre , manteniéndose en lo restante el sistema ya establecido en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 26 de julio de 2013 , inclusive la previsión para gastos por desplazamientos que se aplicará también a tales nuevos períodos vacacionales en Austria.

Se mantiene, en todo lo que no sea afectado por esta resolución, el régimen de guarda y custodia y visitas a favor del Sr. Donato que ya fue fijado en la referida sentencia de la Audiencia Provincial.

Sin expresa condena en costas. "

SEGUNDO.- Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso recurso de apelación contra ella, que fué admitido y previa la formulación por las partes de los oportunos escritos de alegaciones, se elevaron los autos a este Tribunal, dictándose resolución señalando el día 5 de febrero de 2017 para la deliberación y votación.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

VISTO .- Siendo Ponente en esta instancia el Ilma. Sra. Magistrada D^a. JUANA MARIA UNANUE ARRATIBEL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en lo que no se opongan a los que a continuación se exponen y ;

PRIMERO.- Como motivo de recurso se alude , sustancialmente , a que la resolución recurrida infringe , tanto el art 38 de la L.E.Civil como los arts 8-1 y 12-3 del Reglamento CE nº **2201/2003** , por lo que habría que declararse la incompetencia de jurisdicción al deber de atenderse a la residencia del menor.

Es decir , en el recurso , como alegación fundamental , se reitera la declinatoria de jurisdicción alegada en la instancia , de conformidad con el art 454 de la L.E.Civil reproduciéndose la cuestión al impugnar la resolución definitiva recaída en la litis.

SEGUNDO.- Dicha cuestión se resolvió por auto de 21 de junio de 2.016 y frente al mismo se interpuso recurso de reposición por auto de 15 de septiembre de 2.016.

En el mismo , y como ratio decidendi se mantiene que el traslado a Austria no altera la competencia , que se autorizó el traslado a Alemania y por ello , se entiende que dicho menor mantiene una estrecha vinculación con nuestro país y el interés del menor hace conveniente establecer la competencia en base a ello.

Con carácter previo se mencionara que lo que se cuestiona en este supuesto es la competencia para la modificación de medidas en relación al menor , Norberto , señalando que en virtud de sentencia de esta Sala de 26 de julio de 2.013 , se autorizó el traslado del menor a Alemania , que en septiembre de 2.014 , se comunicó un nuevo cambio de domicilio a la localidad austriaca de DIRECCION001 , ello supone un cambio no solo de localidad , sino de país hurtando al padre de la posibilidad de opinar respecto al lugar donde debe residir su hijo a esto se unen los últimos ataques de la demandada que van dirigidos a restringir las actuales visitas del menor alegando el elevado coste económico que ello implica , siendo su última táctica informarle del importe del viaje por correo electrónico , sin aportar justificante , encontrándose luego , el actor en que la suma es menor , pero si no acepta el niño no viene.

Se desestima la declinatoria y se estima parcialmente la demanda , ampliando el derecho de visitas.

TERCERO.- Como regla general , el régimen competencial en materia de modificación de medidas en el ámbito del derecho interno español viene a regirse , a través del contenido del art 775.1 L.E.Civil , tras la modificación operada por Ley 42/2.015, que atribuye el conocimiento de las medidas al mismo Tribunal que acordó las medidas definitivas, cuestión esta remarcada por el auto del TS de 27 de Junio de 2016 .

Sin embargo , esta cuestión varía cuando hay un elemento transfronterizo, al resultar de aplicación el Reglamento **2201/2003** del Consejo de 27 de Noviembre de 2003.



La finalidad de este Reglamento, cuyas directrices ya se daban en otros anteriores (el 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 y el Convenio de 28 de mayo de 1998) se encuentra en el ánimo de garantizar la igualdad de todos los hijos, al prevenir que se aplicara a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial, aún así no a todas, por cuanto materias como las alimenticias siguen rigiéndose por el Reglamento (CE) nº 44/2001.

Como explican los considerandos 12 y 13 las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular, en función del criterio de proximidad.

Esto significa, por lo tanto, que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental.

Y si ello es la regla principal se prevé una excepción en los considerandos iniciales, para atender al interés del menor, el presente Reglamento permite al órgano jurisdiccional competente, con carácter excepcional y en condiciones determinadas, remitir el asunto al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que esté mejor situado para conocer del asunto.

De este modo, en su artículo 1, se fija un concreto ámbito de aplicación: "1.- El presente Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas, entre otras:

- a) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial.
- b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.

2.- Las materias consideradas en la letra b) del apartado 1 se refieren en particular:

- a) al derecho de custodia y al derecho de visita.

La primera consecuencia, es que el mismo resulta al concurrir el elemento transfronterizo y ser las materias en el mismo comprendidas en su ámbito de aplicación, sustancialmente, viene a ser lo que el recurrente intenta modificar a través de su pretensión.

Entre las definiciones, que menciona el art 2 del Reglamento, en su apartado 7 vuelve a incidir sobre ello al poner de relieve que por responsabilidad parental se entiende "los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita".

El primer artículo que hace referencia a la competencia en materia de responsabilidad parental es el art 8.

En él se establece el fuero general señalando que: "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".

Consecuentemente, la regla general es que los Tribunales del Estado del domicilio de los menores al tiempo de cuestionarse la custodia y el derecho de visita serán los competentes para conocer la acción judicial entablada.

No obstante este fuero general tiene sus excepciones en el supuesto de sustracción de menores, tal y como ponen de relieve, en los art. 10 y 11.

En el supuesto temporal limitado del art. 9 en que se mantiene la competencia del estado anterior de residencia durante tres meses del cambio de la misma.

En el art 10 se establece la competencia en el supuesto de sustracción del menor conservaran su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro estado miembro y ello si en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no haya presentado ninguna demanda de restitución entre autoridades competentes del estado miembro al que se haya trasladado o en el que este retenido el menor.

Y en el art. 12 establece la prórroga de competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se ejerza la competencia con arreglo al art 3 en la demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial tendrá competencia en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculada a dicha demanda.



En el apartado 3 de dicho precepto se señala que: " los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán igualmente competencia en materia de responsabilidad parental en procedimientos distintos de los contemplados en el art 1:

a) cuando el menor este estrechamente vinculado a ese Estado miembro , en especial por el hecho de que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en el su residencia habitual o porque el menor es nacional de dicho Estado miembro.

4.- Cuando el menor tenga su residencia habitual en territorio de un tercer Estado que no sea parte contratante del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1.996 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 , se presumirá que la competencia basada en el presente artículo es en beneficio del menor , en especial , cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate.

Igualmente , en el art 15 definen que se entiende por especial vinculación con un estado miembro:" que dicho estado miembro se haya convertido en el de residencia habitual del menor, que el mismo haya residido de manera habitual en dicho Estado miembro, que el menor es nacional de dicho Estado miembro, dicho estado es el de residencia habitual de un titular de la responsabilidad parental.

CUARTO.- Como premisa esencial para el examen del asunto sera que el Reglamento citado se publicó el 23 -12-2.003 y entre los países firmantes del mismo estan Alemania , Austria y España.

Y los datos fáctico :

.-en virtud de resolución de esta Sala se autorizó al progenitor que tenia atribuida la guarda y custodia del menor trasladar su residencia a otro Estado miembro de la Unión Europea , con fecha 26 de julio de 2.013.

.-que el menor efectuó el curso escolar 2.013/2.014 en Alemania.

.- y en septiembre de 2.014 se produce el cambio de domicilio a Austria.

.-la demanda se formula el 5 de junio de 2.015.

.-la contestación que se formula en febrero de 2.016 se señala que lleva vivienda en Austria un año y cinco meses.

En el supuesto de autos , prima facie al hallarnos en presencia de elementos transfronterizos resulta de ineludible aplicación el Reglamento mencionado en el fundamento anterior.

En consecuencia y como regla general habria un decaimiento de la competencia de los tribunales españoles , al configurarse como parametro de determinación de la competencia en el Reglamento la residencia del menor.

En el caso concreto , la residencia del menor sería en Alemania.

También , ha de señalarse que en los supuestos de sustracción se entiende que el menor no ha adquirido una nueva residencia hasta que no haya transcurrido un año desde que el titular conociendo del paradero del menor no haya ejercitado acción alguna.

Por lo que por aplicación analógica al caso de autos, desde el momento que el padre conoce el cambio e insta la acción judicial no habria transcurrido dicho plazo de un año, por lo que sería competente el del anterior lugar de residencia , en Alemania.

FALLAMOS

Estimando parcialmente el recurso de Apelacion interpuesto por la procuradora Dña. Maria Jesus Ronda en nombre y representacion de D^a. Candida contra la sentencia dictada en el Juzgado de Primera Instancia e Instruccion nº 2 de DIRECCION000 de fecha 28 de febrero de 2017 y ; debemos declarar y declaramos la competencia para el conocimiento de la modificación de medidas del Juzgado de DIRECCION002 -Alemania , sin pronunciamiento en costas en la alzada.

Devuelvase el depósito por la Letrada de la Administración de Justicia.

Dentro del plazo legal devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia junto al testimonio de la presente resolución para su ejecución y cumplimiento.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TS. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).



También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 1895 0000 00 3262 17. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.