



Roj: **AAP BU 800/2018 - ECLI:ES:APBU:2018:800A**

Id Cendoj: **09059370022018200069**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **2**

Fecha: **31/07/2018**

Nº de Recurso: **182/2018**

Nº de Resolución: **292/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ARABELA CARMEN GARCIA ESPINA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

BURGOS

AUTO: 00292/2018

Modelo: N10300

PALACIO DE JUSTICIA-PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

-

Tfno.: 947 25 99 30 Fax: 947 25 99 33

N.I.G. 09059 42 1 2017 0008070

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000182 /2018

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de BURGOS

Procedimiento de origen: MHC MODI. MEDIDAS CON RELACION HIJOS EXT. SUP. CO 0001318 /2017

Recurrente: Eurne

Procurador: ELIAS GUTIERREZ BENITO

Abogado: MARIA JOSE SANCHEZ GONZALEZ

Recurrido: Jose Enrique , Jose Enrique

Procurador: ALEJANDRO RUIZ DE LANDA, ALEJANDRO RUIZ DE LANDA

Abogado: PABLO MONSALVE GIL-FOURNIER,

AUTO Nº 292

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS

ILMOS. SRES/AS:

PRESIDENTE:

DON MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ

MAGISTRADOS/AS:

DOÑA ARABELA GARCIA ESPINA

DON FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA

SIENDO PONENTE: DOÑA ARABELA GARCIA ESPINA



SOBRE: FALTA DE COMPETENCIA INTERNACIONAL

LUGAR: BURGOS

FECHA: TREINTA Y UNO DE JULIO DE DOS MIL DIECIOCHO

En el Rollo de Apelación nº 182 de 2018, dimanante de Modificación de Medidas Nº 1318 / 2017, del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Burgos, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de fecha 2 de Febrero de 2018, siendo parte, como demandante apelante DOÑA Edurne, representada ante este Tribunal por el Procurador Don Elías Gutiérrez Benito y defendida por la Letrada Doña María José Sánchez González, y como demandado apelado DON Jose Enrique, representado ante este Tribunal por el Procurador Don Alejandro Ruiz de Landa y defendido por el Letrado Don Pablo Monsalve Gil-Fournier.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan, sustancialmente, los antecedentes de hecho de la resolución apelada, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Declarar la falta de Jurisdicción de este Juzgado para conocer del presente procedimiento por corresponder el asunto a los tribunales de otro Estado, absteniéndome del conocimiento de la demanda presentada por Edurne, frente a Jose Enrique, y sobreseyendo el procedimiento".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de Doña Edurne, se interpuso contra la misma recurso de apelación, que fue tramitado con arreglo a Derecho.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, habiendo sido deliberada y votada la causa por esta Sala en fecha 5 de julio de dos mil dieciocho.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS.

PRIMERO.- La demandante Doña Edurne interpone recurso de apelación contra el Auto de 2 de Febrero de 2018 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Burgos (Juzgado de Familia) que, estimando la declinatoria de Jurisdicción Internacional opuesta por el demandado Don Jose Enrique, declara su falta de Jurisdicción para conocer de la demanda de Modificación de Medidas Definitivas, en el sentido de modificar el régimen de visitas entre el menor Cornelio y su padre don Jose Enrique, acordadas por el Juzgado de Graz Este (República Austriaca) en la resolución, Protocolo de 14 de Junio de 2017 de la sección 2332, por corresponder el conocimiento del asunto a los Tribunales de otro Estado.

La demandante recurrente alega la vulneración de los artículos 8, 9 apartado 1º, 16 y 19 del Reglamento (CE) Nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; así como error en la valoración de la prueba, y solicita se revoque la resolución recurrida y se declare la competencia de la Jurisdicción Española para conocer del presente procedimiento.

El demandante don Jose Enrique y el Ministerior Fiscal se oponen al Recurso de Apelación.

SEGUNDO.- Son hechos de interés para la resolución del Recurso:

-El menor Cornelio, nacido el NUM000 de 2008 en Viena, tiene **nacionalidad** española. Los progenitores, no casados, de Cornelio son Doña Edurne y Don Jose Enrique.

-La guarda y custodia exclusiva, así como la patria potestad (Obsorge) del menor Cornelio la ostenta la madre Doña Edurne. No se discute por las partes esta circunstancia.

-Madre e hijo residían en Austria en la localidad de Graz, (8101), Hasnerplatz 3/9, hasta primeros de Julio de 2017, en que madre e hijo se trasladaron a España. Con fecha 6 de Julio de 2017 se empadronaron en el municipio de DIRECCION000 (Valladolid), fecha en la que han quedado desempadronados en Austria. Con posterioridad se empadronaron en DIRECCION001 (Valladolid), y desde el 1 de Septiembre de 2017 en Burgos, localidad en la que residen, cursando Cornelio 4º curso de Primaria en el colegio concertado DIRECCION002 - DIRECCION003.

-Por resolución del Juzgado de Distrito de Graz de fecha 28 de enero de 2013 se concedió al padre un régimen de visitas con el menor, visitas que se modificaron por Resolución del Juzgado de distrito de Graz-Este de 14 de Junio de 2017.

-El padre solicitó, por primera vez, la guarda y custodia compartida de Cornelio en el Juzgado de Graz-Este el 16 de Octubre de 2016; repitiendo su solicitud de custodia compartida el 13 de Abril de 2017.



-El Juzgado Austriaco dicta Resolución el 14 de Junio de 2014, modificando el régimen de visitas fijado el 14 de junio de 2013.

-El padre con fecha 13 de Julio de 2017, ante el Juzgado Comarcal de Graz-Este, solicita, por primera vez, la guarda y custodia exclusiva del menor Cornelio, que reitera en Septiembre de 2017.

-La madre con fecha 10 de Noviembre de 2017 solicita se rechace, por falta de jurisdicción internacional, la solicitud de guarda y custodia exclusiva que formula el padre.

-El 4 de Diciembre de 2017 el Juzgado Comarcal de Graz-Este dicta Resolución, rechaza la solicitud de la madre, considerándose competente para conocer de la solicitud sobre la custodia del menor Cornelio formulada por el padre.

-El padre ha aportado dos Instancias suscritas en Septiembre de 2017, con base en el Tratado de La Haya de 25 de Octubre de 1980 dirigidas al Ministerio del Interior de España, Subdirección General de Cooperación Jurídica (documentos 11 y 12 de la demanda), solicitud de aplicación del Derecho al Trato Personal de fecha 8 de Septiembre de 2017 (documento nº 12 de la Declinatoria) y Solicitud de Devolución de fecha 22 de Septiembre de 2017 (documento nº 11 de la Declinatoria). No consta sello o registro alguno indicativo de que las referidas instancias hayan sido presentadas en el Órgano Oficial alguno.

TERCERO.- La cuestión competencial objeto del Recurso de Apelación se ha de decidir conforme a la normativa del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de Noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, también conocido como Reglamento Bruselas II Bis.

La competencia en materia de Responsabilidad parental en el Reglamento "Bruselas II Bis", se regula en los artículos 8 a 15.

Conforme se indica en el Considerando 12 del Reglamento *"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"*.

En el Considerando 13, se prevén excepciones, por razón del interés del menor, y así dice: *" 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. Ahora bien, en este caso no se debe autorizar al órgano jurisdiccional al que se remitió el asunto a remitirlo a su vez a un tercer órgano jurisdiccional."*

El fuero general de la competencia o "Competencia General" en materia de Responsabilidad parental se establece en el artículo 8, señalando *" 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."*

Se ha de recordar que cuando se trata de adoptar o modificar medidas respecto de los hijos menores de edad lo preponderante ha de ser, en todo caso, el interés de los hijos, debiendo necesariamente partir del principio del "favor filii" y del superior interés y beneficio del menor, que ha de presidir tales resoluciones.

También las normas de competencia previstas en el Reglamento Bruselas II Bis, en materia de responsabilidad parental, como ya se ha expuesto (Considerando 12) están concebidas en función del interés del menor, y en particular en función del criterio de proximidad; y por ello con carácter de fuero principal (a salvo algunas excepciones) son los órganos judiciales del Estado miembro donde el menor tiene su residencia habitual, en el momento en que se interpone la demanda, los competentes.

Así lo dispone el artículo 8 " 1- *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*

2- El apartado 1 estará sujeto a lo dispuesto en los artículos 9, 10 y 12."

Las excepciones a la Competencia General prevista en el artículo 8, Fuero de la Residencia habitual del menor, se regulan en el artículo 9, *" Mantenimiento de la Competencia del Estado miembro o la anterior residencia habitual del menor"*; artículo 10 *"Competencias en caso de sustracción de menores"*; y artículo 12 *" Prórroga de la Competencia"*.



CUARTO.- No es cuestión discutida que la madre, conforme a la legislación austriaca, ostentaba, de forma exclusiva, la "Obsorge" (guarda y custodia y patria potestad) del hijo de los litigantes Cornelio, en el momento en que traslada su residencia de Graz (Austria) a DIRECCION000, Valladolid (España) en Julio de 2017, y desde el nacimiento del menor; por cuanto que los hijos nacidos fuera del matrimonio quedan automáticamente, y por Ministerio de la Ley (sin necesidad de resolución judicial), bajo la "Obsorge" (guarda y custodia y patria potestad) de la madre de forma exclusiva. Sólo existirá patria potestad y guarda y custodia compartida, si ambos progenitores así lo acuerdan, o uno de ellos lo solicita y, así se establece en una resolución judicial y, no es el caso de autos. El padre sólo ostentaba un derecho de visitas con el menor, inicialmente establecido por Resolución Judicial del Juzgado Comarcal de Graz-Este de Enero de 2013, modificado por Resolución del mismo Juzgado, de 14 de Junio de 2017.

Ostentando la madre, de forma exclusiva, la guarda y custodia y la patria potestad del menor Cornelio, para el traslado de residencia del menor, conforme a la legislación Austriaca, no precisaba de la autorización, ni del consentimiento del otro progenitor que solo ostenta un derecho de visitas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 189 del Código Civil de Austria, (cuyo texto traducido al español ha sido aportado con el escrito de Declinatoria) a favor del progenitor no custodio solo existe el derecho a ser informado por la persona que tiene la custodia de los asuntos importantes del menor, " *en particular las medidas previstas de conformidad con los apartados 2 y 3 del artículo 167 del mismo Código Civil Austriaco*", con derecho a expresar su opinión.

Entre los particulares asuntos previstos en este artículo 167 no se encuentra el cambio de residencia habitual, ni tampoco el cambio de país de residencia.

Por " *Derechos de custodia*", en el Reglamento Bruselas II Bis; Reglamento (CE) nº 22001/2003, se entiende, " *entre otros los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia*" (Artículo 2.9).

En el artículo 2.11) del Reglamento se define el traslado o retención ilícita de un menor cuando "a) *se haya producido con infracción del derecho de custodia.*"

En el caso de autos, no exigiendo la legislación austriaca autorización del progenitor no custodio, ostentando la madre en exclusiva la guarda y custodia y la patria potestad del menor, (Obsorge), el traslado de Austria a España del menor no puede calificarse de ilícito. Señalan que no existe Resolución Judicial o Administrativa alguna adoptando medida alguna al respecto, no obstante el tiempo transcurrido desde que la madre y el menor se trasladaron de Austria a España y desde que se empadronaron en España, en la localidad de DIRECCION000 (Valladolid) el 6 de Julio de 2017, fecha de baja en la localidad de Graz (Austria).

No es de aplicación el artículo 10 del Reglamento.

QUINTO.- Cuando se presenta la Demanda de Modificación de Medidas por la madre ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Burgos, solicitando la modificación del régimen de visitas establecido a favor del padre por Resolución del Juzgado Austriaco (Noviembre de 2017), han transcurrido más de 3 meses desde que se ha producido el cambio de residencia del menor de un Estado miembro a otro, y adquirido una nueva residencia habitual (6 de Julio de 2017).

No es de aplicación el artículo 9 del Reglamento que mantiene la competencia de los Órganos Jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor, como excepción al Fuero general del artículo 8, " *durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para las demandadas que pretendan modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre el derecho de visita continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor*".

Conforme a las reglas de competencia previstas en el Reglamento Bruselas II Bis, el Juzgado de Primera Instancia Nº 7 de Burgos, localidad de residencia del menor, sería internacional y localmente competente para conocer la demanda de modificación de medidas planteadas por la madre, pues ha transcurrido más de tres meses desde que se produjo el cambio de residencia.

El hecho de que el menor esté " *estrechamente vinculado al Estado miembro*" donde tiene actualmente su residencia habitual (España), por cuanto tiene la **Nacionalidad** española, reforzaría el mantenimiento de la competencia del Juzgado de Familia de Burgos (artículo 12.3 a) del Reglamento Bruselas II Bis.

SEXTO.- El problema que se plantea en el caso de autos no es un problema de competencia, pues los Tribunales Españoles son competentes, sino de Litispendencia, que no concurre.



La resolución recurrida, precisamente argumenta su decisión de abstenerse del conocimiento de la Demanda de modificación del régimen de visitas establecido por Resolución del Tribunal Austriaco, presentada por Doña Edurne frente a Don Jose Enrique , de la siguiente forma " *Y siendo así el menor y la madre -como afirma ésta en su demanda- cambiaron su lugar de residencia desde Austria a España, en el mes de Julio de 2017, y que, a su vez, el padre instó por primera vez su solicitud por la custodia común en el Juzgado Graz-Este (Austria), habiendo reiterado su solicitud el 13-04-2017, resulta procedente estimar la declinatoria de jurisdicción internacional*"

La Litispendencia de Demandas relativas a Responsabilidad Parental está regulada en el artículo 19.2 del Reglamento (CE) 2201/ 2003 que dice " *Cuando se presentaren demandas relativas a la responsabilidad parental sobre un menor que tengan el mismo objeto y la misma causa ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera*".

El artículo 19 (titulado Litispendencia y acciones dependientes), para apreciar Litispendencia exige que las demandas ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros relativas a la responsabilidad parental sobre un menor " *tenga el mismo objeto y la misma causa*".

Este no es el caso de autos.

De la documentación aportada por Don Jose Enrique resulta, como ya se ha expuesto, que:

- Por escrito de 13 de Abril de 2017 ante el Juzgado de Distrito o Comarcal de Graz-Este reitera la petición de custodia compartida que presentó en Octubre de 2.016.
- Con fecha 13 de Julio de 2.017 solicita ante el mismo Juzgado la custodia exclusiva del menor Cornelio , que solicite de nuevo por escrito de 21 de Septiembre de 2.017.
- El 14 de Junio de 2.017 se dictó Resolución por el Juzgado de Graz-Este modificando el régimen de visitas entre el padre y el menor fijado por Resolución del mismo Juzgado el 28 de Enero de 2.013.

Cuando se plantea la demanda de modificación de visitas por Doña Edurne ante el Juzgado de Familia de Burgos (Juzgado de Primera instancia Nº 7) no estaba en trámite demanda alguna en los Juzgados Austriacos, relativa al derecho de visitas del padre con el hijo, que es el único objeto de la demanda ante el Juzgado Español.

Las demandas presentadas ante el Juzgado Austriaco previamente a la presentación de la demanda de modificación del régimen de visitas del padre con el hijo formulada por Doña Edurne en el Juzgado Español, tienen por objeto una pretensión de cambio de guarda y custodia, no de régimen de visitas del padre. El régimen de visitas del hijo con su padre quedó fijado por Resolución del Juzgado de Graz-Este el 14 de Julio de 2017, sin que con posterioridad se haya interpuesto demanda ante un Juzgado Austriaco formulando petición alguna en relación al régimen de visitas.

Consecuentemente, para el conocimiento de la demanda de modificación del régimen de visitas del padre con el menor, que ha formulado doña Edurne transcurridos tres meses desde el cambio de residencia del menor, es competente el Juzgado de Familia del Estado Español, por ser el Estado de residencia habitual del menor en la fecha de presentación de la demanda, y no existir previamente a la presentación de la misma, demanda presentada en otro Estado miembro " *con el mismo objeto y la misma causa*".

No existe riesgo alguno de procesos contradictorios, pues las demandas presentadas, en Austria por el padre y en España por la madre, no tienen " *el mismo objeto y la misma causa*".

El Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Burgos es competente para conocer de la Demanda de Modificación de Medidas Definitivas, relativa a la modificación del régimen de visitas del padre con el menor; visitas que, obviamente serán efectivas mientras se mantenga la guarda y custodia exclusiva de la madre; no cuestionándose la competencia del Juzgado Distrito de Graz-Este para el conocimiento de la demanda de modificación de la guarda y custodia presentada por el padre previamente a la presentación por la madre de la demanda de modificación del régimen de visitas.

SÉPTIMO.- La estimación del recurso de Apelación determina que no se haga imposición de las costas de esta segunda instancia (art. 398 LEC).

La desestimación de la declinatoria de Jurisdicción justifica la imposición de las costas a la parte que la planteó (artículo 394 LEC).

PARTE DISPOSITIVA



Se estima el Recurso de Apelación formulado por la demandante DOÑA Eurne , contra el Auto de fecha 2 de Febrero de 2018 dictado por el Ilmo. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Burgos (Juzgado de Familia de Burgos), que se revoca y deja sin efecto; declarando, en su lugar, que la Jurisdicción Española es competente para conocer de la Demanda de Modificación de Medidas Definitivas (Régimen de visitas) presentada por la parte apelante, y consecuentemente procede rechazar la Declinatoria por Falta de Jurisdicción Internacional formulada por DON Jose Enrique .

Las costas de este incidente en Primera Instancia se imponen a la parte que planteó la Declinatoria.

No se hace imposición de las costas derivadas del Recurso de Apelación.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así, por este nuestro auto, lo ordenamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ