



Roj: **SAP SG 723/2019 - ECLI: ES:APSG:2019:723**

Id Cendoj: **40194370012019100722**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Segovia**

Sección: **1**

Fecha: **05/12/2019**

Nº de Recurso: **288/2019**

Nº de Resolución: **402/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA ASUNCION REMIREZ SAINZ DE MURIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SEGOVIA

SENTENCIA: 00402/2019

Modelo: N10250

C/ SAN AGUSTIN Nº 26 DE SEGOVIA

-

Teléfono: 921 463243 / 463245 **Fax:** 921 463254

Correo electrónico:

Equipo/usuario: EQC

N.I.G. 40194 41 1 2017 0003517

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000288 /2019

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.4 de SEGOVIA

Procedimiento de origen: F02 FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C 0000433 /2017

Recurrente: Ildefonso

Procurador: MARIA NURIA GONZALEZ SANTOYO

Abogado: JUAN RAMON MONTERO ESTEVEZ

Recurrido: Brigida

Procurador: MARTA BEATRIZ PEREZ GARCIA

Abogado: MARIA ELENA GONZALEZ FERNANDEZ

SENTENCIA Nº 402/ 2019

CIVIL

Recurso de apelación

Número 288 Año 2019

Autos familia Guarda, Custodia,

Alimentos hijo no matrimonial nº 433/2017

Juzgado de 1ª Instancia de

SEGOVIA Nº 4

En la Ciudad de Segovia, a cinco de diciembre de dos mil diecinueve.

La Audiencia Provincial de esta capital, integrada por los Ilmos. Sres. D. Ignacio Pando Echevarria, Pdte.; D. Jesús Marina Reig y D^a M^a Asunción Remirez Sainz de Murieta, Magistrados, ha visto en grado de apelación los autos de las anotaciones al margen seguidos a instancia de D^a Brigida ; contra D. Ildefonso ; sobre autos de familia, guarda, custodia, alimentos hijo no matrimonial, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia, recurso en el que han intervenido como apelante, el demandado, representado por la Procuradora Sra. González Santoyo y defendido por el Letrado Sr. Montero Estévez y como apelada, la demandante, quién a su vez impugna la sentencia; representada por la Procuradora Sra. Pérez García y defendida por la Letrada Sra. González Fernández, con intervención del **MINISTERIO FISCAL** y en el que ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a M^a Asunción Remirez Sainz de Murieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia de los de Segovia nº 4, con fecha cuatro de febrero de dos mil diecinueve, fue dictada Sentencia, que en su parte dispositiva literalmente dice : "**FALLO:** Que debo acordar y acuerdo la extinción de la relación análoga de afectividad al matrimonio formada entre Brigida y Ildefonso , así como las siguientes medidas definitivas relativas a los mismos y al hijo menor de edad de ambos:

-Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.

-Quedan revocados los poderes y los consentimientos que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

-La atribución de la **guarda y custodia del hijo menor de edad a favor de la madre , Brigida** siendo compartida la patria potestad por ambos progenitores.

-Un **régimen de visitas** a favor de Ildefonso con respecto del menor consistente en:

-El padre podrá visitar al menor durante 8 días al mes consecutivos, que coincidirán con los días libres de trabajo del padre recogiendo al menor el primer día a las 15:30 horas que es la salida del colegio, si esta cambiara sería la que se fijara en cada momento, y en el noveno día lo entregará en el colegio a la hora de entrada en el mismo. A fin de poder gestionar este régimen de visitas el padre deberá de proporcionar su calendario de trabajo mensual a la madre en el mes anterior al que corresponda la visita, indicando con esa antelación los 8 días consecutivos que va a estar con el menor, y la madre indicará al padre el centro educativo en el que se encuentra el menor en cada momento.

Igualmente, el padre en el resto de las tres semanas del mes que no esté en compañía del menor, lo tendrá en su compañía los jueves desde la 15:30 horas que lo recogerá a la salida del colegio, si esta cambiara sería la que se fijara en cada momento, hasta el viernes que el padre lo entregará a la hora de entrada en el colegio.

-Mitad de vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, que se regirán por las vacaciones escolares:

A) Vacaciones de verano, durante las que se suspenderá el régimen ordinario de visitas: se establecen dos periodos, uno el mes de julio, y otro el mes de agosto. La madre elegirá los años pares, y el padre los impares.

B) Vacaciones de Navidad, durante las que se suspenderá el régimen ordinario de visitas,: se establecen dos periodos: uno comprenderá desde la salida del colegio el día de comienzo de las vacaciones hasta las 20:00 horas del 25 de diciembre; y el otro desde las 20:00 horas del 25 de diciembre hasta el día que comiencen las clases escolares que el progenitor que lo tenga en su compañía lo llevará al colegio.

La madre elegirá los años pares, y el padre los impares.

C) Vacaciones de Semana Santa, durante las que se suspenderá el régimen ordinario de visitas: se establecen dos periodos en función de las vacaciones escolares: uno comprenderá desde la salida del colegio el día de inicio de las vacaciones hasta las 20:00 horas del día que se corresponda con la mitad de las vacaciones; y el otro desde las 20:00 horas del día que se corresponda con la mitad de las vacaciones, hasta el día que comiencen las clases escolares que el progenitor que lo tenga en su compañía lo llevará al colegio.

La madre elegirá los años pares, y el padre los impares.

-El día del cumpleaños del padre, de la madre, el día del padre, de la madre, el menor podrá estar en compañía del progenitor al que corresponda el cumpleaños o el día. Así como el menor estará en compañía del progenitor al que le corresponda durante el día que tenga celebración familiar, tal como bodas, bautizos, comuniones o cualquier otro acontecimiento o circunstancia en la que deba de estar.

-El día del cumpleaños del menor, el progenitor que no lo tenga en su compañía, podrá estar con él desde la salida del colegio, hasta las 20:00 horas. Y si no fuera laborable desde las 16:00 horas hasta las 20:00 horas.



-Los denominados puentes, corresponderán al progenitor al que le corresponda el fin de semana con el que coincida dicho puente. Esto es, si durante los 8 días que el padre está con el menor coincidiera un puente le corresponderá en su compañía. En el caso que los jueves que el menor estuviera en compañía del padre, y el viernes fuera festivo, el padre reintegrará al menor en el domicilio materno a las 12:00 horas. Y si fuera festivo el jueves, el padre recogerá al menor en el domicilio materno a las 15:30 horas.

-El padre podrá contactar diariamente con el menor vía telefónica u otro medio electrónico (Skype, u otro sistema similar), en la franja horaria comprendida entre las 19:00 horas y las 20:00 horas, sin que esto signifique toda la hora el menor deba de estar conectado al sistema por el que se le haya llamado sino que, se deberán respetar los horarios, o tareas, o deseos del menor. Lo mismo podrá hacer la madre en los periodos que el menor esté con el padre.

-Una pensión de alimentos a favor del hijo menor de edad y que deberá de abonar Ildelfonso por importe de 500 euros mensuales, que abonará en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que a tal efecto designe la madre. Dicha cantidad se actualizará conforme al IPC anualmente.

Así como, deberá de abonar el 50% de los gastos extraordinarios del menor tales como educativos, clases extraescolares. Y Sanitarios que no se hallen cubiertos por el Sistema de la seguridad social.

Sin hacer especial pronunciamiento de las costas causadas."

SEGUNDO.- Notificada que fue la anterior resolución a las partes, por la representación procesal de del demandado, se interpuso en tiempo y forma, recurso de apelación, con enumeración de los pronunciamientos que se impugnan, al tenor que es de ver en su escrito unido en Autos, teniéndose por interpuesto el mismo para ante la Audiencia en legal forma, en base a lo establecido en el art. 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada en la Ley 37/2011 (BOE. 11 /10/2011), dándose traslado a la adversa y al Ministerio Fiscal y emplazándose para oponerse al recurso o impugnarlo, y realizado el citado trámite en plazo, oponiéndose al mismo la demandante, quién a su vez impugnó la sentencia, de cuya impugnación se dio traslado igualmente a las partes para alegaciones, habiéndose opuesto a la misma en dicho trámite el apelante y así mismo se opuso al recurso del apelante 1º el Ministerio Fiscal y se adhirió de forma parcial a la impugnación de la demandante-apelada, tras lo cual se acordó remitir las actuaciones a esta Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes ante la misma.

TERCERO.- Recibidos los autos en este Tribunal, registrados, formado rollo, turnado de ponencia y personadas las partes en tiempo y forma, señaló fecha para deliberación y fallo del citado recurso, y llevado a cabo que fue, quedó el mismo visto para dictar la resolución procedente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Con carácter previo al examen de los motivos de apelación expuestos en el recurso interpuesto debe examinarse por esta Sala si el Juzgado carecía de competencia internacional para conocer del proceso pues caso de considerarse así huelga examinar el recurso por ser el Juzgado que ha dictado la resolución apelada incompetente para conocer de las cuestiones debatidas entre las partes. El Ministerio Fiscal en el dictamen que emitió en la declinatoria planteada en su momento por la parte apelante informó que el Tribunal competente para conocer del proceso era el correspondiente de Portugal. Aunque la Juzgadora rechazase la declinatoria planteada en su día por la representación del apelante mediante el auto de fecha 14 de marzo de 2018 ello no es óbice para que la Sala reexamine la cuestión de la competencia internacional del Juzgado porque dicha falta es apreciable de oficio y no es de libre disposición para las partes según dispone el art. 38 de la L.E. Civil y el art. 17 del Reglamento **2201/2003** (Sentencia TJUE de 2/4/09 C-523/07). Conforme a dichos preceptos el órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en el supuesto de que carezca de toda competencia, deberá declararse de oficio incompetente sin estar obligado a remitir el asunto a otro órgano jurisdiccional En materia de responsabilidad parental. (Sentencia del TJUE de 23/12/09 C-403/09 PPU) ha sentado el criterio de que con carácter preliminar procede señalar que, según el considerando décimo segundo del Reglamento nº **2201/2003**, las normas de competencia que éste establece en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad.

Estamos en presencia de un litigio transfronterizo pues es evidente y así resulta tanto del auto de 14 de marzo de 2018 como del escrito de oposición al recurso presentado por la madre que el menor reside en Portugal. Así se dice en dicho escrito que desde febrero de 2017 el menor ha residido junto con su madre y otros familiares en Lisboa hasta la fecha actual donde tiene su arraigo sus costumbres, hábitos, colegio, amigos etc.

Al afectar la cuestión debatida a la responsabilidad parental la normativa a aplicar como bien señalaba la Juzgadora en su auto de 14 de marzo de 2018 es el Reglamento comunitario **2201/2003 DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2003** que en su art. 8 establece 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.

Es cierto como dice la Juzgadora en su auto de 14 de marzo de 2018 que el art. 9 del Reglamento, Titulado Mantenimiento de la competencia del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor, en su apartado 1 establece que cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, como excepción al artículo 8, durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para 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. En el apartado 2 se dice que no se aplicará e apartado 1 si el titular del derecho de visita considerado en el apartado 1 ha aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichos órganos sin impugnar su competencia.

En este precepto justificó la Juzgadora su competencia, pero sus razones no pueden atenderse porque el precepto exige como premisa que exista una resolución judicial relativa al derecho de visitas en vigor y tal resolución no existía porque las medidas provisionales previas que se adoptaron en el auto de 5 de octubre de 2017 tenían una subsistencia de 30 días salvo que en ese plazo se interpusiera la demanda correspondiente. La demanda se interpuso el día 28 de noviembre de 2017 y fue admitida mediante Decreto de la Letrado de la Administración de Justicia de 22 de diciembre de 2017. Es obvio que en las fechas mencionadas había transcurrido con creces el plazo de 30 días establecido en el auto de 5 de octubre de 2017 de mantenimiento en vigor de tales medidas. Por tanto, las medidas provisionales acordadas en el auto de 5 de octubre de 2017 relativas a la responsabilidad parental habían perdido su vigencia y no existía ya medida que modificar lo que impide que pueda aplicarse el apartado 1 del art. 9 del Reglamento **2201/2003**. Además, el mantenimiento de dicha competencia en favor de los Tribunales del Estado Miembro de la anterior residencia habitual del menor lo es en favor del titular del derecho de visitas que continúe residiendo habitualmente en dicho Estado. Y es obvio, porque así lo planteó en la declinatoria de jurisdicción rechazada por la Juzgadora, que el padre pretendía que el proceso se desarrollase ante los tribunales competentes de Portugal, lugar de la residencia habitual del menor desde febrero de 2017. Para aplicar el apartado 1 del art 9 es preciso que el titular del derecho de visitas continúe residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor. En el propio auto que rechazó la declinatoria se hace constar que el padre había trasladado su domicilio a Cascáis (Portugal) por lo que ya no tenía residencia habitual en España. Aunque conste que, como se dice en el auto, se marchó a Portugal el día 15 de diciembre de 2017 es lo cierto que en esa fecha no se había admitido aún la demanda lo que tuvo lugar el día 22 de diciembre de 2017 por lo que tampoco se cumplía el requisito del art. 9. 1 del Reglamento comunitario.

En consecuencia, para decidir la cuestión de competencia internacional ha de aplicarse la norma general de competencia del art. 8 del Reglamento que como antes hemos expuesto establece 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.

El Concepto de residencia habitual a efectos de dicha competencia ha sido precisado por el TJUE con el siguiente criterio: **"La mera presencia física del menor en un Estado miembro, en cuanto norma subsidiaria respecto de la enunciada en el artículo 8 del Reglamento, no puede bastar para determinar la residencia habitual del menor. (Sentencia del TJUE 2/4/09 C-523-07)**.

La determinación de qué debe considerarse residencia habitual debe hacerse a la vista del contexto de las disposiciones y del objetivo del Reglamento, en particular, del que resulta de su duodécimo considerando, según el cual las normas de competencia que establece dicho Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad.

El concepto de residencia habitual de los menores es específico y no puede identificarse con el concepto de residencia habitual en otros ámbitos del Derecho de la Unión Europea.

La «residencia habitual» del menor en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Reglamento, debe determinarse sobre la base de un conjunto de circunstancias de hecho que son particulares en cada caso.

El concepto de «residencia habitual», con arreglo al artículo 8, apartado 1, del Reglamento, debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar. A estos efectos deben considerarse, en particular, la duración, la regularidad,



las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado".

. Tales circunstancias se cumplen en el caso examinado pues, como antes hemos reseñado, en el escrito de oposición de la madre al recurso de apelación interpuesto se dice que desde febrero de 2017 el menor ha residido junto con su madre y otros familiares en Lisboa hasta la fecha actual donde tiene su arraigo, sus costumbres, hábitos, colegio, amigos etc. La madre además es de nacionalidad portuguesa.

Por todo lo argumentado debe declararse la incompetencia internacional de los Tribunales Españoles y concretamente la del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Segovia para conocer del presente proceso.

SEGUNDO. - Al apreciarse de oficio la falta de competencia internacional del Juzgado "a quo" no hacemos expresa imposición de las costas de ninguna de las dos instancias por no haberse rechazado las pretensiones sobre el fondo de ninguna de las partes

Vistos los preceptos legales anteriormente citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLAMOS

Que apreciamos de oficio la falta de competencia internacional del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Segovia para conocer del presente proceso.

No hacemos expresa imposición de las costas de ninguna de las dos instancias

Dese al depósito el destino legal correspondiente. (D.A 15ª.8 de la L.O.P.J), según redacción de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de la utilización por las partes, de aquellos otros recursos para cuyo ejercicio se crean legitimados.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y otra a los autos originales para su remisión al Juzgado de procedencia para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente Dª Mª Asunción Remirez Sainz de Murieta, de esta Audiencia Provincial, estando el mismo celebrando Audiencia Pública en el día de la fecha, certifico.