



Roj: **SAP TO 545/2020 - ECLI: ES:APTO:2020:545**

Id Cendoj: **45168370012020100433**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Toledo**

Sección: **1**

Fecha: **04/03/2020**

Nº de Recurso: **1495/2019**

Nº de Resolución: **248/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EMILIO BUCETA MILLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 TOLEDO00248/2020

Rollo Núm..... 1495/2019.-

Juzg. 1ª Inst. Núm....3 de DIRECCION000 .-

J. Div. Contenc. Núm.....469/2018.-

SENTENCIA NÚM. 248

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO

SECCION PRIMERA

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JUAN RAMON BRIGIDANO MARTINEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. EMILIO BUCETA MILLER

D. URBANO SUAREZ SANCHEZ

Dª GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE

D. ALEJANDRO FAMILIAR MARTIN

En la Ciudad de Toledo, a cuatro de marzo de dos mil veinte.

Esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en NOMBRE DEL REY, la siguiente,

SENTENCIA

Visto el presente recurso de apelación civil, Rollo de la Sección núm. 1495/2019, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 3 de DIRECCION000 , en el juicio núm. 469/2018, **sobre divorcio contencioso**, en el que han actuado, como apelante Agueda , representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Martín Santacruz; y como apelado, Roberto representado por el Procurador de los Tribunales Sr. García de Arce y el Ministerio Fiscal.

Es Ponente de la causa el Ilmo. Sr. Magistrado D. Emilio Buceta Miller, que expresa el parecer de la Sección, y son,

ANTECEDENTES:

PRIMERO: Por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 3 de DIRECCION000 , con fecha 16 de julio de 2019, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuyo FALLO dice: "que estimo parcialmente la



demanda formulada por el procurador de los tribunales don Santiago Garcia de Arce, actuando en nombre y representación de don Roberto , contra doña Agueda , y en consecuencia:

1.- Declaro la disolución por divorcio del matrimonio existente entre don Roberto y doña Agueda , con todos los efectos legales inherentes a dicho pronunciamiento.

2.-Don Roberto y doña Agueda ostentarán la titularidad compartida de la patria potestad sobre los menores Jose Miguel y Delfina , correspondiendo al padre el ejercicio ordinario de la guarda y custodia sobre los menores.

3.-Se establece a favor de doña Agueda un régimen de visitas según el cual los menores pasaran con ella las vacaciones de verano, desde el 1 de julio hasta el 31 de agosto, siendo entregados y recogidos en el domicilio materno por el padre.

Además, doña Agueda podrá tener en su compañía a los menores en territorio español un fin de semana de cada mes, desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el domingo a las 20:00 horas, momento en el que deberá reintegrarlos en el domicilio paterno. El uso de este derecho de visita quedará supeditado a la previa comunicación a don Roberto con al menos veinte días de antelación al viernes del fin de semana escogido para ello.

4.-Asimismo, tanto don Roberto como doña Agueda podrán comunicarse por cualquier medio con los menores todos los días que no los tengan en su compañía, respetando un horario razonable y compatible con el descanso de los mismos y el derecho del otro progenitor a relacionarse con ellos

5.-Cada progenitor asumirá los gastos ocasionados por los menores en los períodos de tiempo en que éstos se encuentren bajo su cuidado.

6.-Don Roberto y doña Agueda abonarán por mitad los gastos extraordinarios de los menores, entendiéndose en todo caso como extraordinarios los gastos odontológicos, médicos y quirúrgicos no cubiertos por la Seguridad Social. Respecto de los restantes gastos extraordinarios, será preciso que conste por escrito el consentimiento expreso de ambos progenitores; en caso contrario, deberá hacer frente al pago de los mismos el progenitor que hubiese asumido su causación.

No se hace especial pronunciamiento en materia de costas, debiendo satisfacer cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO: Contra la anterior resolución y por Agueda , dentro del término establecido, se formuló recurso de apelación, que fue contestado de igual forma por los demás intervinientes, con lo que se remitieron los autos a ésta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, quedando los autos vistos para deliberación y resolución.

SE REVOCAN EN PARTE y en la forma que luego se dirá, los fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, que habrán de ser completados en la forma que se exprese, si bien se ratifican los antecedentes de hecho, que relatan la dinámica procesal, por lo que, en definitiva, son

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Se recurre en apelación la sentencia del juzgado de instancia que estimó una demanda de divorcio de un matrimonio formado por dos nacionales rumanos y entre otras medidas acordó otorgar la guarda y custodia de los dos hijos menores del matrimonio al padre, residente en España, concretamente en la localidad de DIRECCION001 , atribuyendo a la madre, residente en Rumanía al tiempo de la demanda, un régimen de visitas consistente en dos meses en las vacaciones de verano, desde el 1 de julio al 31 de agosto, entregándolos y recogidos el padre en el domicilio materno, y un fin de semana al mes a disfrutar en España.

Recorre la esposa reclamando la guarda y custodia de los dos hijos con una pensión de alimentos a cargo del padre de 150 € por cada hijo y un régimen de visitas de mitad de vacaciones de Navidad, Semana Santa ortodoxa, semana blanca y verano y subsidiariamente atribución de la guarda y custodia del hijo mayor al padre y de la hija menor a la madre con un régimen de visitas respectivo de mitad de vacaciones de Navidad, Semana Santa ortodoxa, semana blanca y verano, pero de manera que ambos hermanos coincidieran en el domicilio materno y paterno la totalidad de las vacaciones.

SEGUNDO: La primera cuestión que se ha de plantear la Sala de oficio, en virtud del art 38 en relación con el 36 de la LEC y el 22 de la LOPJ es la competencia de los tribunales civiles españoles para conocer de la presente demanda.



Hemos de partir de que ambos cónyuges son de nacionalidad **rumana** y tras contraer matrimonio se desplazaron a España en el año 2010, donde nacieron sus dos hijos, Jose Miguel , actualmente de nueve años de edad y Delfina , que cumplirá cuatro años el 11 de marzo de este año.

Tras la ruptura de la pareja, la esposa demandada se marchó a Rumanía el 23 de mayo de 2018 en compañía de su hija, donde permanece desde entonces habiendo comenzado allí a trabajar y residiendo junto con su familia de origen, acudiendo la menor a una guardería infantil, quedando en España el esposo y el hijo mayor donde está escolarizado en la localidad de DIRECCION001 . Pues bien, conforme al art 3.1 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, en los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges, o el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o la residencia habitual del demandado, de manera que en este caso concurre al menos el segundo de los criterios pues como dijimos la última residencia habitual del matrimonio lo fue en la localidad de DIRECCION001 (Toledo) y en ella reside todavía el demandante, de modo que conforme a dicha norma del Reglamento la competencia corresponde a los tribunales españoles. De igual modo, conforme al art 22 quater c) de la LOPJ los tribunales españoles son competentes para conocer en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o como en este caso ocurre, cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí.

TERCERO: Sentada pues la competencia de los tribunales españoles, la siguiente cuestión que ha de plantearse toda vez que ambos cónyuges son extranjeros, concretamente rumanos, es la del derecho aplicable para resolver la cuestión, habida cuenta del art 107 del CC, según el cual *"1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración. 2. La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado. En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España: a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas. b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público"*.

Conforme con lo dispuesto en dicho precepto, correspondería aplicar al caso que nos ocupa la ley nacional común de ambos contrayentes, es decir, la de Rumania. Sin embargo, ni la parte demandante alega dicha aplicación ni mucho menos aporta prueba del derecho rumano aplicable al caso conforme al art 281.2 de la LEC, que establece con rotundidad que el derecho extranjero debe ser objeto de prueba, ni la demandada opone nada en ese sentido, ni tampoco el Ministerio Fiscal alega la procedencia de dicha aplicación ni la sentencia se plantea siquiera la aplicación de dicho ordenamiento jurídico conforme dispone el art 107 del CC ya mencionado, de manera que resuelve una demanda de divorcio en el que se ventilan los intereses no solo de los esposos sino además de dos menores, conforme al derecho español cuando el aplicable en principio sería el rumano.

En esa tesitura, señala la STS de 10 de junio de 2005, con cita a su vez de otras sentencias de esa misma Sala Primera, establece que *"...esta Sala, en ejercicio de la función complementaria del ordenamiento jurídico que le atribuye el artículo 1.6 del Código Civil, ha declarado que, cuando el contenido y vigencia del derecho extranjero no han resultado probados por las partes ni averiguados por el Tribunal en la medida que sería precisa para resolver el conflicto de intereses planteado y la regla de conflicto no impone otra cosa, resulta aplicable la lex fori, como norma subsidiariamente competente (sentencias de 11 de mayo de 1989 , 7 de septiembre de 1990 , 23 de marzo de 1994 , 25 de enero de 1999 , 5 de junio de 2000 , 13 de diciembre de 2000 , entre otras).*

Dicha doctrina (que la Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2001, de 2 de julio , al examinar la cuestión desde el punto de vista que le compete, en la interpretación del artículo 24.1 de la Constitución Española , consideró más respetuosa con el contenido de dicho precepto que la solución consistente en la desestimación de la demanda, defendida por un sector de la doctrina) ha de ser traída a colación para examinar el tercero y último de los motivos del recurso de casación de la demandante".

Esta Sala ya adoptó una solución similar en sentencia de 1 de septiembre de 2006 señalando "El Art. 107 C.C. establece que, a falta de Ley nacional común, (supuesto que debe equipararse al de la falta de prueba, y



aportación) el derecho aplicable será el de la residencia habitual común, esto es, DIRECCION002 , y por tanto el Derecho español.

De lo referido se deriva la aplicación sustitutiva del Derecho material español por ser la lex fori aplicable por los Tribunales españoles, porque así lo exige la necesidad de dar una respuesta a la cuestión planteada, consustancial con el principio de tutela judicial efectiva consagrada en la C.E. art. 24 , doctrina coincidente con la tradicionalmente seguida por el T.S., ejemplo de cuyas resoluciones cabe señalar en SS de 13 diciembre 2000 , 17 julio 2001 , 5 marzo 2002 , 2 diciembre 2003 , entre otras muchas. Debemos agregar que la L. 8/00 de 22 diciembre sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España dispone que le son aplicables los derechos del Título 1 de la C.E. en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en la propia ley y en las que regulan el ejercicio de cada uno de ellos, ejercitando los derechos que se reconocen en la Ley en condiciones de igualdad con los españoles, y siendo que el art. 32 C.E . establece que la Ley regulará las causas de separación y disolución y sus efectos, tales derechos son ejercitables por los extranjeros en España en igualdad con los españoles".

En definitiva, los tribunales españoles resultan competentes para conocer de la presente demanda, y a falta de toda alegación y prueba del derecho rumano, resulta también aplicable el derecho español, si bien echamos de menos una alegación expresa de tales cuestiones por ambas partes y por el Ministerio Fiscal y su análisis por la sentencia.

CUARTO: La cuestión que es objeto de recurso es la relativa a la atribución de la guarda y custodia de los hijos del matrimonio, que la sentencia ha atribuido al padre. Hemos explicado en el fundamento jurídico segundo que ambos cónyuges, de nacionalidad **Rumana**, tras contraer matrimonio en su país se desplazaron a España en el año 2010, donde nacieron sus dos hijos, Jose Miguel , actualmente de nueve años de edad y Delfina , que cumplirá cuatro años el 11 de marzo de este año y como tras la ruptura de la pareja, la esposa demandada se marchó a Rumanía el 23 de mayo de 2018 llevando consigo a la hija, donde permanece desde entonces habiendo comenzado allí a trabajar y residiendo junto con su familia de origen, acudiendo la menor a una guardería infantil, en tanto que quedó en España el esposo y el hijo mayor donde residen en la localidad de DIRECCION001 .

La sentencia opta por atribuir la custodia de ambos menores al padre al entender que fue la madre quien se llevó a la hija a Rumanía apartándola de su entorno social y familiar, entendiendo que lo más adecuado es que es que se reintegre al mismo y vuelva a vivir con su hermano. Aprueba eso sí, un régimen de visitas en favor de la madre consistente en dos meses en las vacaciones de verano, desde el 1 de julio al 31 de agosto, entregándolos y recogidos el padre en el domicilio materno, y un fin de semana al mes a disfrutar en España.

Para la Sala, ninguna solución que se quiera dar al problema que se plantea en relación con la guarda y custodia y régimen de visitas de los hijos es buena, habida cuenta de la voluntad de los padres de seguir viviendo en Rumanía y en España respectivamente, y pasa bien por atribuir la guarda de ambos al padre, lo que implicaría separar de su madre a una niña de cuatro años que lleva más de un año y medio viviendo exclusivamente en Rumanía con ella, por lo que en realidad ni recuerda o conoce ya a su padre ni a su hermano ni desde luego es de suponer que hable el español, bien en atribuir la guarda en exclusiva a la madre, de manera que un niño de nueve años (nació en NUM000 de 2011) nacido y siempre residente en España, rompería completamente con su actual entorno familiar formado por padre y abuela, escolar y social en la pequeña localidad de DIRECCION001 para ir a vivir con su madre a Rumanía, donde no ha residido nunca hasta ahora desconociendo la Sala si conoce siquiera el idioma, o bien una tercera posibilidad, que nuestro ordenamiento no prohíbe pero limita tremendamente en el art 92.5 del CC, que es la separación de ambos hermanos de manera que el mayor conviva con el padre en España como hasta ahora y la menor con la madre en Rumanía como hasta ahora, coincidiendo la totalidad de las vacaciones en los domicilios materno y paterno.

Como decíamos en nuestra sentencia de 8 de junio de 2007, la posibilidad de separar a los hermanos ha de ser considerada siempre de modo excepcional, pudiendo admitir que el criterio general del art. 92 de la no separación, puede ceder en algunos supuestos en que concurran circunstancias especiales o más bien excepcionales, que impliquen dar prioridad al supremo interés del menor, pues como señala la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, "el interés del menor debe constituir la principal preocupación de los implicados en el proceso, por encima incluso del interés del padre, de la madre y de los hermanos". (SAP de Salamanca de 17-2-03).

Llegados a este punto la Sala en este caso opta por la tercera de las soluciones, que además todo indica que es la que decidieron los propios padres toda vez que por mucho que se diga en la demanda no se aprecia una verdadera oposición del padre a que la esposa marchara con la hija a Rumanía como lo demuestra por ejemplo el remitirle la documentación relativa a las vacunas para poder allí escolarizarla, pues entendemos



que, dentro de la dificultad para encontrar una solución completamente favorable para los menores, esta es la menos perjudicial para los mismos por las circunstancias que ya hemos expresado relativas a la corta edad de la hija y el tiempo que lleva ya en Rumanía y al arraigo sin embargo del hijo en España, aun conscientes de que con ello se está privando a los hermanos de vivir, crecer y desarrollarse juntos en un único entorno familiar.

Para intentar en la medida de lo posible paliar ese alejamiento, se establece el régimen de visitas propuesto por la madre subsidiariamente, es decir mitad de vacaciones de Navidad, Semana Santa ortodoxa y verano, haciendo coincidir a ambos hermanos en el domicilio materno y paterno la totalidad de dichos periodos. La entrega y recogida de los hijos se repartirá por ambos progenitores. A falta de acuerdo, el progenitor cuyo hijo a cargo haya de efectuar el primer desplazamiento realizará la entrega del mismo en el domicilio del otro progenitor quien lo devolverá al finalizar el primer periodo junto con el hijo o hija a su cargo para el disfrute del segundo periodo de modo que ambos cónyuges efectúen el mismo número de desplazamientos.

QUINTO: No procede efectuar especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta segunda instancia, en aplicación del art. 398 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. -

FALLO:

Que **ESTIMANDO** el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de Agueda , debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS EN PARTE** la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 3 de DIRECCION000 , con fecha 16 de julio de 2019, en el procedimiento núm. 469/2018, de que dimana este rollo dejando sin efecto los pronunciamientos 2 y 3, atribuyendo a Don Roberto la guarda y custodia del hijo mayor, Jose Miguel y a doña Agueda la de la hija menor Delfina , atribuyendo la titularidad compartida de la patria potestad sobre los menores.

Se establece el siguiente régimen de visitas: cada progenitor gozará de la compañía del hijo con quien no conviva la mitad de vacaciones de Navidad, Semana Santa ortodoxa y verano, haciendo coincidir a ambos hermanos en el domicilio materno y paterno la totalidad de dichos periodos y efectuándose la entrega y recogida en la forma que los mismos pacte y a falta de pacto en la establecida en el fundamento cuarto in fine.

Se confirma la sentencia de instancia en todo lo restante, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el presente recurso, con devolución del depósito para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION. - Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Emilio Buceta Miller, en audiencia pública. Doy fe. -