



Roj: **SAP HU 250/2021 - ECLI:ES:APHU:2021:250**

Id Cendoj: **22125370012021100250**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Huesca**

Sección: **1**

Fecha: **23/06/2021**

Nº de Recurso: **517/2019**

Nº de Resolución: **169/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Sentencias restantes**

Ponente: **JOSE TOMAS GARCIA CASTILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 000169/2021

Presidente

D. SANTIAGO SERENA PUIG

Magistrados

D. ANTONIO ANGÓS ULLATE

D. JOSÉ TOMÁS GARCÍA CASTILLO (Ponente)

En Huesca, a veintitrés de junio del año dos mil veintiuno.

En nombre del Rey, la Audiencia Provincial de Huesca ha visto, en grado de apelación, los autos sobre Guarda y Custodia de Hijos Menores seguidos bajo el número 83/2017 ante el Juzgado de Primera Instancia Nº Dos de DIRECCION000, que fueron promovidos por **Pedro Francisco**, quien actuó como demandante dirigido por la Letrada Sra. Viladrosa Clua y representado por el Procurador Sr. Navarro Zapater, contra **Emma**, quien intervino como demandada defendida por la Letrada Sra. Dylik y representada por la Procuradora Sra. Labrador Casas, con intervención del MINISTERIO FISCAL en la representación que la Ley le otorga. Se hallan dichos autos pendientes ante este Tribunal en virtud del presente recurso de apelación, tramitado al número 517 del año 2019 e interpuesto por la demandada **Emma**. Es Ponente de esta Sentencia el Magistrado D. José Tomás García Castillo, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la Sentencia impugnada.

SEGUNDO: El indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó el día veintitrés de julio de dos mil diecinueve la Sentencia apelada, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLO: Que debo estimar y por ello estimo íntegramente la Demanda de medidas paternofiliales presentada por el Procurador Sr. Navarro Zapater, ostentando la representación procesal de Don Pedro Francisco, frente a Doña Emma [sic], por lo que debo realizar los siguientes pronunciamientos:

SEGUNDO;- Patria Potestad, Guardia y Custodia. Existe un hijo menor de edad, **Baldomero**, nacido el NUM000 /13, cuya Patria potestad o Autoridad familiar ejercitarán de manera conjunta ambos progenitores y mientras la madre, Doña **Emma**, no resida en España, el ejercicio ordinario de la Patria potestad o Autoridad Familiar lo ejercerá el padre, Don **Pedro Francisco**. Su guardia y custodia se atribuye al padre, Don Pedro Francisco.

TERCERO;- Alimentos. El progenitor no custodio, Doña Emma, abonará, mensualmente y en concepto de pensión de alimentos y en la cuenta bancaria que el progenitor custodio indique, entre los días 1 al 5 de cada mes, la cantidad de doscientos euros (200,00 €).



El importe de la pensión de alimentos variará anualmente con referencia al IPC y su primera actualización se realizará el 01/01/20. Dado que en enero aún no se conoce el dato del IPC del cierre del año anterior, el progenitor no custodio abonará en enero los alimentos sin actualizar y en febrero abonará los alimentos actualizados además del atraso correspondiente al mes de enero, que no se pudo actualizar a la espera de conocer el dato del IPC. Las actualizaciones del importe de los alimentos tenderán el carácter de acumulativas.

Los gastos médico-sanitarios del hijo menor no cubiertos por los seguros sociales de sus progenitores serán satisfechos por ambos progenitores por mitades iguales. Todos los gastos extraordinarios requieren el previo acuerdo de ambos progenitores, salvo situaciones de urgencia médica o farmacéutica, que no requerirán de dicho acuerdo previo.

Todos los demás gastos extraordinarios, entre los que se incluirán los de inicio del curso escolar, serán satisfechos por partes iguales entre ambos progenitores, y requerirán del consentimiento de ambos, salvo los mencionados relativos al inicio del curso, que siendo necesarios, no requerirán de dicho consentimiento.

Los alimentos comenzarán a devengarse desde la fecha de presentación de la Demanda 31/03/17, debiendo abonar el progenitor no custodio los atrasos correspondientes. Los alimentos dejarán de devengarse en el momento que la hijo [sic] menor alcance independencia económica.

CUARTO;- Visitas. El progenitor no custodio podrá disfrutar de la compañía de su hijo menor los fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, reintegrando al menor al colegio el lunes. El régimen de visitas quedará en suspenso cuando el progenitor no custodio no se encuentre en DIRECCION000 (Huesca).

QUINTO;- Vacaciones. Además, el progenitor no custodio podrá disfrutar de la compañía de su hijo menor la mitad de los periodos vacacionales de Navidad y Semana Santa. En verano una quincena el mes de julio y otra en el mes de agosto. En caso de desacuerdo la madre elegirá los años pares y el padre los años impares. La recogida del menor se realizará a las 12:00 horas y el reingreso a las 18:00 horas en el domicilio paterno.

Se prohíbe la salida de territorio español al menor, **Baldomero**, con DNI NUM001, sin el consentimiento escrito de su padre o, a falta de éste, sin autorización judicial. Comuníquese a los efectos pertinentes a la Dirección General de Policía si el progenitor custodio lo solicitase.

SEXTO;- Domicilio familiar y ajuar doméstico. La vivienda familiar sita en DIRECCION001 es propiedad de los padres del demandante. Se considerará domicilio familiar aquél en el que se ubique el demandante, Don **Pedro Francisco**, junto con su hijo. Se atribuye al hijo menor, **Baldomero**, y con él al progenitor custodio el ajuar doméstico.

SÉPTIMO;- Costas. Cada parte soportará las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad".

TERCERO: Contra la anterior Sentencia, la demandada Emma, tras personarse en estos autos, interpuso recurso de apelación presentando el correspondiente escrito en el que solicitó *la revocación de la resolución y con imposición de costas*. A continuación, el Juzgado dio traslado a las demás partes para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serle desfavorable, en cuyo trámite tanto al demandante **Pedro Francisco** como el MINISTERIO FISCAL formularon en tiempo y forma sendos escritos de oposición a fin de solicitar la confirmación de la Sentencia.

CUARTO: Seguidamente, el Juzgado emplazó a las partes y remitió los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 517/2019. Personadas las partes ante esta Audiencia, y habiéndose propuesto prueba en segunda instancia por la demandada, la Sala rechazó dicha pretensión mediante Auto, firme el cual quedó el recurso pendiente de deliberación, votación y fallo. En la tramitación de esta segunda instancia no ha sido posible observar los plazos procesales debido a la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Insistiendo la parte apelante en la falta de competencia de los Órganos jurisdiccionales españoles para conocer de las medidas personales y patrimoniales que han de adoptarse respecto del hijo de los litigantes, debemos insistir por nuestra parte en lo que ya tenemos declarado al respecto con base en el Reglamento (CE) del Consejo N° **2201/2003**, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (llamado "Bruselas II" o también "Bruselas II bis"), y especialmente en nuestra interpretación del concepto "residencia habitual" atendidas las circunstancias del presente caso. La apelante trata de hacer valer, a modo de hecho nuevo, una resolución de un Tribunal polaco que al parecer se declara competente para conocer del asunto, pero se ha aportado en su lengua original sin acompañar traducción al castellano, tal y como dispone el



art. 144.1 de la Ley Procesal Civil, motivo por el cual dicho documento ya fue inadmitido por esta Sala al resolver mediante Auto -que no ha sido recurrido por la apelante- sobre la petición de prueba en segunda instancia solicitada por dicha parte, cuya rebeldía ya había sido declarada por el Juzgado según exponíamos en dicho Auto. Por tanto, no ha lugar a declarar la nulidad de actuaciones interesada en el recurso por falta de competencia internacional, pues las consideraciones que realizábamos en su día sobre traslado o retención ilícitos del menor no han quedado desvirtuadas, por lo que no hallamos motivos suficientes para variar nuestro criterio.

Se insiste también en que el menor se halla actualmente en Polonia con su madre, quien estableció su residencia en dicho país alegando que el padre no les dio dinero para pagar los billetes de avión de vuelta a España. Con independencia de que este hecho pueda tener o no relevancia penal, que es algo que no procede decidir en este momento, lo que parece claro es que la apelante no está residiendo en Polonia porque, pese a que ella habría querido volver a España con el menor, no ha podido hacerlo al no disponer de dinero para el viaje de vuelta, sino que, por el contrario, ha decidido vivir en ese país con su hijo, de forma que si el padre quiere tener visitas tendrá que ser él quien se desplace y no el menor, que dada su corta edad solo podría hacerlo si la madre lo permite, de modo que no aceptamos que, como se sostiene en el recurso, el padre haya obligado a la madre y al hijo a no volver a España.

Estas consideraciones nos sirven de base para evaluar el interés del menor, que es el criterio que siempre debe inspirar las resoluciones que le afecten, y entendemos que en este caso el menor tiene derecho a relacionarse en condiciones normales con su padre y que no tiene por qué negársele dicho contacto por la decisión unilateral tomada por su madre de establecerse y vivir en Polonia, que es una decisión voluntaria y no forzada por el padre según ya hemos dicho, de modo que nos inclinamos por mantener la decisión del Juzgado en cuanto a la guarda y custodia a favor del padre. Además, tampoco conocemos la disponibilidad de la madre para hacerse cargo del menor ni los apoyos familiares con los que cuenta en su país.

Por todo lo expuesto, y como también ha interesado el Ministerio Fiscal, entendemos que procede la confirmación de la Sentencia apelada.

SEGUNDO: Pese a desestimarse el recurso interpuesto, y dada la especialidad de la cuestión principalmente controvertida que no es otra que la custodia del menor, procede omitir una declaración especial sobre las costas causadas, si bien ha de disponerse la pérdida del depósito constituido para recurrir (Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Vistos los artículos citados, así como los demás de general y pertinente aplicación, y por todo lo que antecede,

FALLAMOS:

Que **desestimando el recurso de apelación** interpuesto por la representación de la demandada **Emma** contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° Dos de DIRECCION000 en los autos anteriormente circunstanciados, **confirmamos íntegramente dicha resolución** sin imposición de las costas causadas en esta alzada, aunque disponiendo la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Sin perjuicio de que las partes puedan intentar cuantos medios de impugnación consideren legalmente procedentes, contra esta resolución pueden caber, en su caso, los *recursos de casación y de infracción procesal*, a interponer ante esta misma Audiencia Provincial en un plazo de veinte días, respetando, en todo caso, todas las disposiciones legales reguladoras de dichos recursos, incluida la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Notifíquese y devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con un testimonio de esta Sentencia, para que tengan lugar la ejecución y cumplimiento de lo resuelto.

Así, juzgando definitivamente en la segunda instancia por esta Sentencia, lo pronunciamos, ordenamos y firmamos.

La difusión del texto de este documento a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en este documento no podrán ser cedidos ni comunicados a terceros. Se le apercibe en este acto que podría incurrir en responsabilidad penal, civil o administrativa.