

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**LEON**

SENTENCIA: 00308/2017

Modelo: N10250

C/EL CID, NÚM. 20

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

**SENTENCIA N° 308/2017**

**Ilmos. Sres:**

**D<sup>a</sup>. Ana del Ser López.- Presidenta D.**

**Manuel García Prada.- Magistrado**

**D. Ricardo Rodríguez López.- Magistrado**

En León a Seis de Septiembre de dos mil diecisiete.

**VISTO** ante el Tribunal de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de esta ciudad, el recurso de apelación civil núm. 353/2017, en el que han sido partes ----, , como APELANTE, ----, y el **MINISTERIO FISCAL**, como APELADOS. **Interviene como Ponente del Tribunal el ILTMO SR. D. Ricardo Rodríguez López.**

**I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En los autos n° 222/2015 del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia n° 10 de FAMILIA de LEÓN se dictó sentencia de fecha 9 de diciembre de 2016, cuyo fallo, literalmente copiado, dice: *“Que estimando la petición de divorcio que de común acuerdo han formulado ----f, debo declarar y declaro la disolución por divorcio del matrimonio contraído por los litigantes el 14 de octubre de 2008, reconociendo el derecho del hijo menor de los litigantes a ser alimentado por sus progenitores y la obligación de éstos de contribuir a su sustento en proporción a sus posibilidades y capacidad económica,*

*aprobando, con excepción de las estipulaciones segunda y cuarta, el convenio regulador presentado, todo ello de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Tercero de esta resolución, considerando que este órgano carece de competencia para resolver sobre la petición de alimentos formulada en estos autos. No se hace pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas”.*

**SEGUNDO.-** Contra la precitada sentencia se interpuso recurso de apelación por ---. Admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto, se dio traslado a las demás partes, y por el Ministerio Fiscal se solicitó la confirmación de la sentencia. Se sustanció el recurso por sus trámites y se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial ante la que se personaron las partes en legal forma y en el plazo concedido al efecto. Se designó Ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Rodríguez López.

**TERCERO.-** Las actuaciones se recibieron en la Unidad Procesal de Ayuda Directa de este tribunal el día 21 de junio de 2017, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 13 de julio de 2017.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Delimitación del objeto del recurso de apelación.

La sentencia recurrida estima la demanda de divorcio y acuerda la disolución del matrimonio y aprueba el convenio regulador presentado salvo las estipulaciones segunda y cuarta relativas al hijo menor del matrimonio, por falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles.

Ambas partes interpusieron recurso de apelación para pedir que se aprobara el convenio regulador en todos sus extremos y, en particular, en relación con las medidas sobre guarda y custodia del menor y alimentos para este.

**SEGUNDO.-** Sobre la competencia judicial de los tribunales españoles para resolver sobre las relaciones parentales y alimentos del hijo del matrimonio que

reside fuera de territorio español bajo la custodia de su abuela materna.

El artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece, en su apartado 1, que *“(L)os Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas”*.

Según la jerarquía de fuentes establecida en el citado precepto, es de aplicación prioritaria lo establecido en los tratados y convenios internacionales y, en particular, lo establecido en los Reglamentos de la Unión Europea, por su efecto directo y vinculante, y, cuando no sean aplicables dichas normas, regirá lo dispuesto en las leyes españolas.

No se plantea objeción alguna a la competencia en relación con la pretensión de disolución del matrimonio por divorcio, que es coherente con lo establecido en el artículo 3.1 a) 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, y conforme a los propios fundamentos expuestos en la sentencia recurrida en relación con la legislación nacional aplicable.

Sí se plantea objeción a la competencia de los tribunales españoles en relación con la responsabilidad parental y alimentos, que se ha de tratar por separado (responsabilidad parental, por un lado, y alimentos, por otro). Esa duplicidad se debe a que el Reglamento antes citado (Reglamento 2201/2003), en su artículo 1.3, apartado e), excluye de su ámbito de aplicación las obligaciones de alimentos, por lo que para determinar la competencia en relación con las cuestiones referidas a alimentos es de aplicación lo dispuesto en el Reglamento (CE) Nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

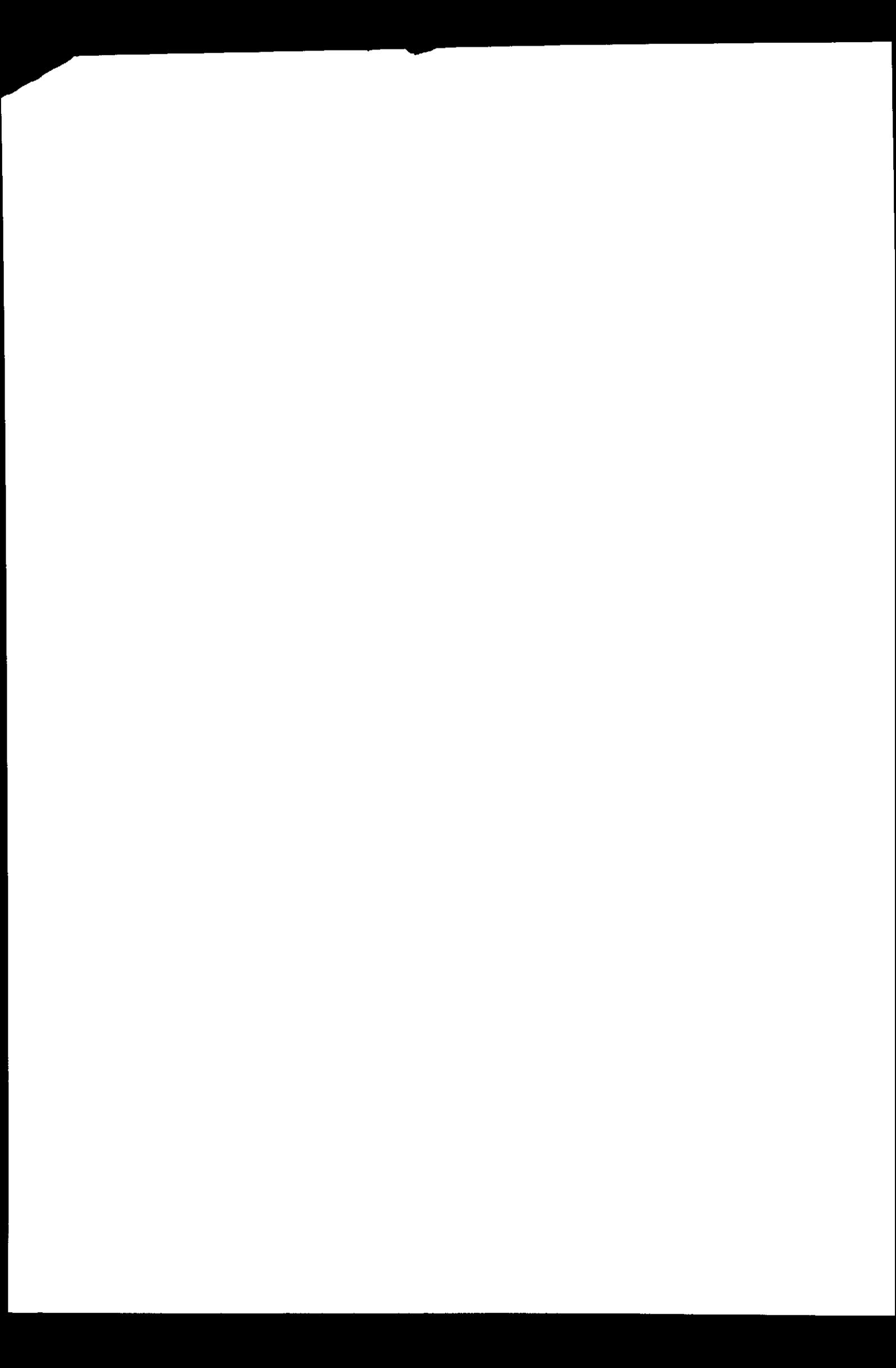
**A) Sobre la competencia para adoptar decisiones sobre responsabilidad parental.**

**A.1.- Régimen jurídico aplicable.**

En la sentencia recurrida se declara la falta de competencia del tribunal para resolver sobre responsabilidad parental, y aplica directamente la LOPJ *“dado que no se da el ámbito espacial que permitiría recurrir a los Reglamentos Comunitarios puesto que el menor no reside en un estado de la Unión Europea y por la misma razón tampoco resulta aplicable el Convenio de La Haya de 1996, que entró en vigor en España en enero de 2011, dado que el menor no reside en un estado contratante de dicho convenio”*. Este tribunal considera, por el contrario, que sí es de aplicación lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 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.

El Reglamento 2201/2003 tiene efecto directo y vinculante, y es prevalente sobre la propia legislación nacional, que se aplicará solo de manera supletoria o complementaria, como así resulta de lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución Española y en el artículo 249 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (artículo 288 del vigente Tratado de funcionamiento de la Unión Europea), y en el inciso último del propio Reglamento.

Dado que el Reglamento no limita su aplicación a los supuestos en los que el elemento de extranjería se sitúe en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, resulta irrelevante que el menor tenga o no tenga su residencia en uno de ellos; otra cosa, diferente, es que la propia norma de competencia establecida en el Reglamento contemple que la residencia del menor sea el hecho que determine la competencia judicial internacional. En definitiva, sí son de aplicación las normas del Reglamento de la Unión Europea n° 2201/2003; tanto si el menor reside en un Estado miembro como si reside, como parece ser en este caso, en Senegal, aunque, al aplicar las normas, la residencia pueda servir para determinar la competencia



o incompetencia de los tribunales españoles.

Precisamente porque es de aplicación lo dispuesto en el citado Reglamento, hemos de tener en cuenta lo que en él se dispone acerca de sus relaciones con otros actos. Así, por ejemplo, en su artículo 59.1 dispone: “... *el presente Reglamento sustituirá para los Estados miembros a los convenios existentes en el momento de la entrada en vigor del mismo celebrados entre dos o más Estados miembros y relativos a materias que en él se regulan*”. Y también establece su prioridad sobre otros convenios internacionales multilaterales (art. 60), que siguen siendo de aplicación en tanto en cuanto no contradigan lo que en él se dispone (art. 62), con la excepción del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, a la que se alude en el artículo 61, pero Senegal no es signatario del citado convenio, por lo que, como ya se ha expuesto, es de exclusiva aplicación lo dispuesto en el Reglamento 2201/2003 CE (tampoco existe convenio alguno bilateral que vincule a España y Senegal sobre competencia judicial internacional).

## **A.2.- Determinación de la competencia judicial internacional en relación con la responsabilidad parental.**

### **- Norma general y prórroga de la competencia.**

El artículo 8 del Reglamento 2201/2003 establece, como regla general, la competencia de los tribunales del lugar de residencia habitual del menor, pero esta tiene excepciones, como la prevista en su artículo 12.1, por prórroga de la competencia: asume la competencia para resolver sobre responsabilidad parental el órgano jurisdiccional del Estado que conoce del proceso de separación, nulidad o divorcio (aparte “b” del art. 12.1). El tribunal competente para el divorcio también lo es para resolver sobre responsabilidad parental en dos casos: cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor y cuando la competencia haya sido aceptada expresamente por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés del menor.

La sentencia recurrida vincula la situación actual del menor (reside en Senegal bajo el cuidado de la abuela materna) con la responsabilidad parental para llegar a la conclusión de su falta de competencia: los padres no ejercen la responsabilidad parental y el menor no reside en un Estado miembro de la Unión Europea. El punto de partida es, cuando menos, cuestionable, porque los titulares de la responsabilidad parental son los padres, en tanto en cuanto no sean privados de ella, por más que, de hecho, sea otro familiar el que se encargue del cuidado directo del menor. Pero, en cualquier caso, la competencia no se establece por referencia a la persona que ejerce la custodia, sino por referencia a quien es su titular: en el artículo 12 se alude, como una de las alternativas, a cónyuges –sin más– utilizando como alternativa la expresión “*titulares de la responsabilidad parental*” para aludir a los padres del menor cuando no han contraído matrimonio, por lo que el precepto contempla un fuero alternativo (no subsidiario ni supletorio), por lo que al haber sido aceptada la competencia por ambos cónyuges no cabe duda de la competencia de los tribunales españoles.

Además, los cónyuges siguen siendo los titulares de la responsabilidad parental por disposición legal, y por tales el apartado 8 del artículo 2 entiende que la ostentan quienes la tienen asumida, ya sea por ministerio de la Ley o por acuerdo con efectos jurídicos (apartado 7 del art. 2). Por lo tanto, mientras no se dicte una sentencia que prive a los padres del ejercicio de la patria potestad o la suspenda, son ellos los titulares de la responsabilidad parental, por lo que los tribunales españoles son competentes para conocer de pretensiones referidas a la responsabilidad parental cuando, como ocurre en este caso, de común acuerdo solicitan el divorcio.

Del mismo modo en que los reglamentos de la Unión Europea constituyen norma de eficacia directa y vinculante en España, los convenios internacionales solo lo son respecto de los países signatarios, por lo que al no existir un convenio bilateral entre España y Senegal, LA determinación de la competencia de nuestros tribunales se ha de decidir con base en lo dispuesto en los reglamentos de la Unión

Europea y, supletoriamente, conforme a lo establecido en la legislación española.

El Convenio de La Haya de 1996 no sería aplicable porque Senegal no se ha adherido ni lo ha ratificado, pero sí lo sería el Reglamento 2201/2003 CE. En cualquier caso, ponemos de relieve que en el artículo 10 del Convenio de La Haya citado, se establece: *“1. Sin perjuicio de los artículos 5 a 9, las autoridades de un Estado contratante, en el ejercicio de su competencia para conocer de una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres de un niño con residencia habitual en otro Estado contratante o en anulación de su matrimonio, pueden adoptar, si la ley de su Estado lo permite, medidas de protección de la persona o de los bienes del niño, si: [...] b) la competencia de estas autoridades para adoptar tales medidas ha sido aceptada por los padres, así como por cualquier otra persona que tenga la responsabilidad parental respecto al niño, si esta competencia responde al interés superior del niño”* (tiene una redacción sustancialmente idéntica a la ofrecida en el artículo 12.1 del Reglamento 2201/2003 de la Unión Europea, por lo que, si se aplicara ese precepto se llegaría a la misma conclusión).

Esta línea interpretativa se corrobora con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 12, en el que se regula la competencia en caso de procesos que versen exclusivamente sobre responsabilidad parental. En dicho precepto se contempla la competencia del tribunal del Estado miembro cuando el menor esté vinculado a él, ya sea porque uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga su residencia habitual en España (como sería el caso) o porque el menor sea nacional de ese país miembro (el padre del menor es español de origen, por lo que también lo sería su hijo, conforme establece el art. 17.1 a/ del Código Civil).

**- Interés superior del menor.**

En el artículo 12 se alude al interés superior del menor, y en el apartado 4 se presume que es beneficioso para el menor la aplicación de las normas de competencia del Reglamento cuando resida en un tercer Estado que no sea parte contratante del

Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 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.

En este caso, no existe dato contrario a tal presunción que, además, se corrobora por el hecho de que sus padres tienen la nacionalidad española y su residencia radica, de manera habitual, en España (aunque ocasionalmente alguno de ellos pueda residir fuera). Y también porque al ser ambos titulares de la patria potestad han de asumir obligaciones y responsabilidades que se podrían exigir desde el Estado de su residencia y nacionalidad, sin que el menor se vea privado de la protección que le puedan dispensar los tribunales del territorio del Estado en el que resida.

El Reglamento 2201/2003 ya prevé que, en caso de prórroga de la competencia, esta cesará en cuanto sea firme la sentencia de divorcio o sobre responsabilidad parental, porque al residir el menor en territorio diferente al del Estado miembro su ejecución solo será posible mediante el reconocimiento y ejecución de la sentencia por el Estado de residencia del menor (en caso de países miembro, a través de los mecanismos de reconocimiento establecidos por el propio Reglamento). Por ello, nada hay de anómalo, sin todo lo contrario, en que los tribunales españoles decidan sobre responsabilidad parental cuando el menor reside fuera del territorio nacional; el Reglamento 2201/2003 CE regula el supuesto que se da en el presente caso y, por aplicación de sus normas, la competencia correspondería a los tribunales del Estado español.

**B) Sobre la competencia de los tribunales españoles para resolver sobre la obligación de alimentos.**

Se regula por lo dispuesto en el Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Sus normas, como ya se indicado en relación con el Reglamento 2201/2003, son de efecto directo y vinculante, y así se contempla en su

inciso último: “*El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*” (artículo 249 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y artículo 288 del vigente Tratado de funcionamiento de la Unión Europea).

El artículo 3 del Reglamento establece, como disposición general (apartado “d”), que será competente para resolver en materia de obligaciones de alimentos el órgano jurisdiccional que también lo sea para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes. En este caso, la obligación de alimentos resulta de la responsabilidad parental cuyos titulares son los padres del menor que acuden al proceso para la disolución del matrimonio por divorcio, por lo que si los tribunales españoles son competentes para resolver sobre responsabilidad parental también lo son para resolver sobre alimentos.

### **C) Conclusiones.**

Los tribunales españoles son competentes para resolver tanto sobre las pretensiones por responsabilidad parental como para decidir sobre la obligación de alimentos. En ambos casos con la más total y precisa concreción, sin que se admisible un mero reconocimiento del menor a recibir alimentos: si el tribunal es competente para tal reconocimiento también lo es para concretarlo y delimitarlo.

### **TERCERO.-** Sobre el pronunciamiento a adoptar.

Si la sentencia recurrida declarara su falta de competencia para conocer de la demanda el tribunal acordaría revocarla, declararía la competencia del juzgado de primera instancia para resolver y devolvería las actuaciones para dictar sentencia

sobre el fondo del asunto. Pero como en la sentencia no se declina la competencia para conocer de la pretensión de disolución del matrimonio, nos encontramos con que la sentencia estima la demanda y homologa algunos de los acuerdos adoptados en el convenio regulador, pero rechaza otros. Por lo tanto, este tribunal confirma la sentencia en relación con la disolución del matrimonio y la revoca en relación con las estipulaciones rechazadas por falta de competencia. Para resolver al respecto se deberá acudir a la vía prevista por el apartado 7 del artículo 777 de la LEC, con la única particularidad de que el Juez de 1ª Instancia podrá directamente valorar si homologar las estipulaciones rechazadas o bien reclamar la presentación de un nuevo convenio regulador. Esta vía procesal ofrece un cauce para resolver sobre los pronunciamientos omitidos por la declaración de falta de competencia; este tribunal revoca solo los pronunciamientos que resultan de la declaración de falta de competencia pero no prejuzga la decisión a adoptar, que puede ser tanto la homologación de las estipulaciones del convenio regulador (la sentencia recurrida no las rechaza por improcedentes sino por falta de competencia) como el requerimiento para presentar uno nuevo como, en último término, las que el Juez de 1ª Instancia considera procedentes, dado que en cuestiones sobre responsabilidad parental y alimentos no rige el principio dispositivo. Lo que no es admisible es la desprotección del menor sin adoptar medida alguna en relación con la responsabilidad parental y alimentos (artículos 91 y 92.1 del Código Civil), en relación con todos los demás preceptos de protección de los derechos del menor, incluso aunque no resida en territorio español.

#### **CUARTO.- Costas.**

Conforme dispone el artículo 398 de la LEC, en su apartado 2, en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará al pago de las costas del recurso a ninguno de los litigantes.

VISTOS los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás de aplicación.

**FALLAMOS:**

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la procuradora ---, en representación de ---, contra la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2016, dictada en los autos ya reseñados, y, en su consecuencia, la **REVOCAMOS Y DEJAMOS SIN EFECTO** únicamente en relación con los pronunciamientos emitidos en relación con la responsabilidad parental y alimentos, con expresa declaración de competencia del Juzgado de 1ª Instancia para resolver sobre ellos, confirmando el pronunciamiento sobre disolución del matrimonio por divorcio y el referido a las costas procesales.

Se acuerda devolver los autos al juzgado de procedencia para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 777.7 de la LEC, por el Juez de 1ª Instancia se resuelva lo procedente sobre la homologación o rectificación de las estipulaciones segunda y cuarta del convenio regulador, que fueron rechazadas en la sentencia recurrida por falta de competencia, resolviendo lo que proceda sobre responsabilidad parental y alimentos para el menor.

Todo ello sin expresa imposición de las costas generadas por el recurso de apelación interpuesto.

Se acuerda devolver al apelante el importe que se hubiera consignado como depósito para recurrir.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante este tribunal, únicamente por la vía del interés casacional, y, en su caso y en el mismo escrito, recurso extraordinario por infracción procesal, a presentar en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso de casación se deberá acreditar haber constituido un depósito de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano judicial, y otros 50 si también se interpone recurso extraordinario por infracción procesal, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

**El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO DE SANTANDER, S.A., en la cuenta de este expediente 2121 0000.**

Notifíquese esta resolución a las partes y llévase el original al libro correspondiente, y remítanse las actuaciones al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento para continuar con su sustanciación.

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