

SAP Castellón 21 abril 2005

(= guarda y custodia de menor ecuatoriano residente en Ecuador).

Cuestiones:

1º) ¿Son competentes los tribunales españoles para decidir en relación con las medidas de guarda y custodia de este menor que reside fuera de España?

2º) ¿Qué incidencia despliega en este supuesto el Convenio de Nueva York sobre los derechos del niño de 1989 en opinión del tribunal sentenciador?

SAP Castellón 21 abril 2005**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Deducida por D^a Rocío demanda sobre guarda y custodia de hijos menores y alimentos contra D. Jose Luis , la sentencia de instancia, tras rechazar en base a lo dispuesto en el artículo 22.3 in fine de la LOPJ las alegaciones realizadas por la propia en el acto de la vista relativas a la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de las cuestiones planteadas, acuerda: 1- atribuir la guarda y custodia del hijo menor Alonso a su padre demandado, siendo compartida la patria potestad por el padre y por la madre actora; 2- ordenar a la madre actora de traer de vuelta a España al hijo Alonso a la mayor brevedad y en el plazo máximo de un año; 3- fijar un régimen de visitas entre el hijo y la madre que, en defecto de acuerdo entre las partes, consistirá en fines de semana alternos desde las 10 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo y la mitad de las vacaciones escolares del niño; 4- establecer a cargo de la madre y a favor del hijo una pensión alimenticia de 100 euros mensuales - actualizables- que deberá ingresar en la cuenta bancaria que designe D. Jose Luis dentro de los 5 primeros días de cada mes, cuya pensión se devengará desde la fecha de la sentencia con independencia de la fecha en que el menor regrese a España y pase a convivir efectivamente con el padre, debiendo el padre aperturar una cuenta corriente a favor del hijo en la que se harán ingresos y de cuyo saldo aquél no podrá disponer hasta que el niño no comience a convivir con él, debiendo acreditar, en el momento en que el hijo llegue a España, que dicha cuenta no ha sido tocada. Frente a dicha sentencia se alza la actora reiterando en la alzada en primer lugar la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de los hechos litigiosos, argumentando por una parte que no ha quedado acreditada la residencia habitual de la madre en España y por otra que siendo el menor respecto del que solicitó la adopción de medidas de nacionalidad ecuatoriana por ser sus padres ecuatorianos también y residiendo el mismo en Ecuador

corresponde a los Tribunales de dicho país la decisión acerca de su retorno a España. En segundo lugar con carácter subsidiario a la anterior cuestión alega que la decisión de la madre aquí apelante de llevarse al hijo común de los litigantes a Ecuador fue adoptada debido al abandono por parte del aquí demandado del hogar familiar cuando la madre se hallaba en estado de gestación de otra hija, sin que el padre entregara cantidad alguna para aquél y ante la imposibilidad de la ahora apelante de trabajar debida al próximo parto, encontrándose además sin apoyo de nadie en un país extranjero. Así mismo argumenta que el menor desde los once meses de edad no ha vuelto a ver a su padre ni ha tenido contacto de clase alguna con él por lo que el niño no conoce a su padre, como tampoco ha recibido cantidad alguna del mismo para alimentos, siendo el momento en que el demandado recuerda que es padre de un niño cuando ha sido demandado, y buscando la única forma de evitar pagar alimentos ha solicitado la custodia intentando que se le quite a la madre, única que lo ha tenido y criado hasta que ha solicitado sea cuidado por sus padres. Se sigue argumentando el recurso que el contrato de trabajo del padre es de duración determinada, y aunque el demandado tenga una hermana en la localidad de Alcora -con quien convive en compañía también del esposo de esta y el hijo de ambos- el trato que esta pueda dispensar al menor no es el más adecuado. Del mismo modo, respecto del pronunciamiento que impone a la madre la obligación de ingresar la pensión de alimentos que se fija, manifiesta que, habida cuenta que la obligación de alimentos es de ambos progenitores, debe entenderse que con el envío todos los meses al Ecuador para su hijo queda cumplida la obligación. Por último, reitera en la alzada los argumentos vertidos en el acto del juicio relativos al coste económico que supone traer de vuelta a España al menor y la posibilidad de que el Estado Ecuatoriano impida la salida del país del menor a instancia de los abuelos.

SEGUNDO.- Aunque como ya razona el Juzgador de instancia resulta insólito el planteamiento de la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para el conocimiento del asunto precisamente por quien lo ha sometido a la consideración de los mimos, son motivos de orden público los que obligan a la Sala a resolver de nuevo la cuestión planteada. Pues bien, consideramos que la cuestión ha sido correctamente resuelta por el Juzgador de instancia y conforme al precepto que en el caso resulta aplicable. En este sentido el artículo 22.3 LOPJ, ya citado y transcrito en cuanto aquí interesa en la sentencia de instancia, resulta claro al atribuir la competencia a los tribunales españoles para el conocimiento de asuntos que versan sobre relaciones paterno-filiales cuando como aquí acontece la demandante tenga su residencia habitual en España. Por otra parte, este extremo que venía afirmado en la demanda no sólo no ha resultado combatido por el demandado sino que además ha sido admitido por él y por lo tanto no precisaba de prueba alguna conforme a lo dispuesto en el artículo 281.3 LEC. Así, en el mencionado escrito afirmaba la actora haber iniciado la convivencia con el demandado en Vinaróz hacia mediados del año 2000, fijando después ambos su residencia en Alcora, y en cuya localidad tenía su domicilio en el momento de iniciar el pleito, sin que el hecho de haber residido en Madrid y de nuevo ahora en Vinaróz tenga trascendencia alguna a los efectos que nos ocupa. Por otra parte, el hecho de que el menor sea de nacionalidad ecuatoriana y resida en la actualidad en Ecuador por haber sido trasladado a instancia de la madre y sin consentimiento del padre a dicho país desde España -lugar de nacimiento-, no obsta para que, conforme al foro alternativo previsto al efecto en el citado artículo 22.3 y a falta de Convenio Internacional que determine lo contrario, los tribunales españoles sean competentes para el enjuiciamiento de las cuestiones objeto del presente pleito que por lo demás se han suscitado ahora en nuestro país donde residen ambos progenitores y sin que conste se haya iniciado con anterioridad procedimiento alguno al efecto en Ecuador ni en ningún otro lugar.

TERCERO.- Orientada la regulación de las funciones que configuran el conjunto de las relaciones paterno-filiales hacia el beneficio de los hijos, tal criterio proteccionista determina que las medidas judiciales a adoptar al respecto y tengan por tanto su repercusión directa en los hijos debe inspirarse en él, en especial cuando de la atribución de su custodia se trata, según unánime y reiterada jurisprudencia inspirada, entre otros, en el Convenio de la ONU sobre los derechos de los niños, ratificado por España. La revisión de lo actuado lleva a la Sala a considerar que las medidas paterno-filiales adoptadas por el Juzgador de instancia atienden al principio del favor filii y por ello deben ser mantenidas. A tales efectos no puede considerarse óbice para el debido restablecimiento de las relaciones paterno-filiales (que no solo afectan a las referidas al padre, sino a las de la madre también) el hecho de que el menor desde los once meses de edad no haya vuelto a ver a su padre, pues en primer lugar ello fue debido a la decisión unilateral de la madre de aquél de trasladarlo a Ecuador y dejarle bajo la custodia de los abuelos maternos, y por otra parte tampoco hay constancia de que la madre le haya visitado y por ello de que tenga relación con ella y la conozca. En segundo lugar, sin perjuicio de las relaciones con la familia extensa también necesarias para el menor, el óptimo desarrollo personal e integral del mismo requiere primordial e indiscutiblemente de la atención y cuidados de sus padres, a lo que no obsta el hecho de que el menor -por las causas indicadas- no conozca a sus padres como en la generalidad de los casos, pues precisamente el retorno del menor tiene por objeto el restablecimiento de la normal relación entre padres e hijo y siendo que hallándose uno y otro residiendo en España se es aquí donde podrá desenvolverse la necesaria relación con ellos. Por lo demás, las argumentaciones referentes a los motivos que guiaron a la madre para llevar al hijo común de los litigantes a Ecuador y aunque se admitiera que pretendía el bien del menor, lo cierto es que como razona el Juzgador de instancia los expuestos en la instancia y reiterados en el recurso revelan la imposibilidad de la madre de tenerle bajo su custodia. Esta apreciación además viene avalada por el hecho de que esta carezca de un trabajo más o menos estable y aún de residencia fija, siendo que la pretensión de la misma de que el mismo tenga como único apoyo y atención suyos el dinero que le pueda mandar en concepto de alimentos y que el niño permanezca en Ecuador, alejado así no solo de su madre sino también de su padre y que crezca sin el fundamental apoyo, atención y cuidados de sus progenitores, resulta contrario al elemental beneficio del menor. Por el contrario, no obstante las argumentaciones del recurso, el padre ofrece a aquél un hogar pues cuenta con un domicilio estable, y la posibilidad de desarrollarse junto a sus progenitores, así como una mayor estabilidad no solo emocional sino material pues además desempeña un trabajo que aún siendo de duración determinada, tiene prevista su prórroga, siendo por lo demás que el pretendido trato inadecuado que pudiera dispensar al menor la hermana del aquí apelado carece de todo sustento probatorio. Finalmente, desde el punto de vista material no concurre imposibilidad de que el menor sea traído a España pues el padre ha asumido el coste de su traslado, sin que las meras conjeturas acerca de la posibilidad de que el Estado de Ecuador deniegue la salida del país del niño carecen de toda trascendencia a efectos de adoptar tal decisión en el presente pleito, pues en su caso será cuestión a dilucidar en ejecución de la resolución.

... DESESTIMAMOS el recurso de apelación...

- - - -