



Roj: **AAP B 8448/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:8448A**

Id Cendoj: **08019370122019200360**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **24/10/2019**

Nº de Recurso: **794/2019**

Nº de Resolución: **393/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RAQUEL ALASTRUEY GRACIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68, planta baixa - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294443

FAX: 938294450

EMAIL:aps12.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120188052692

Recurso de apelación 794/2019 -S

Materia: Incidente

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Medidas provisionales previas (art. 771 LEC) 164/2018

Parte recurrente/Solicitante: Gracia

Procurador/a: Jorge Belsa Colina

Abogado/a: MIQUEL ALEMANY VERDAGUER

Parte recurrida: Gabriel

Procurador/a: Antonio Cortada Garcia

Abogado/a: RAMÓN TAMBORERO Y DEL PINO

AUTO Nº 393/2019

Magistrados:

Don José Pascual Ortuño Muñoz Don Vicente Ballesta Bernal Doña Raquel Alastruey Gracia

Barcelona, 24 de octubre de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 19 de julio de 2019 se han recibido los autos de Medidas provisionales previas (art. 771 LEC) 164/2018, remitidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Barcelona (Familia), a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Jorge Belsa Colina, en nombre y representación de D^a Gracia , contra el Auto de fecha 13/12/2018 y en el que consta como parte apelada el Procurador D. Antonio Cortada García, en nombre y representación de D. Gabriel . Con intervención del Ministerio Fiscal.

Segundo. El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "Acuerdo declarar la falta de competencia internacional de este Juzgado para conocer del presente asunto,



declarando competentes a los Juzgados de Suiza, y la terminación del juicio y el archivo de las actuaciones, una vez firme esta resolución."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 23/10/2019.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada Doña Raquel Alastruey Gracia, quien expresa la decisión del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se admiten los de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Frente a la resolución dictada el pasado 13 de diciembre de 2018 que declara la incompetencia internacional de los Tribunales españoles para adoptar medidas respecto del hijo menor de edad de las partes, Justiniano, nacido el NUM000 de 2016, recurre la demandante alegando que la familia tenía su residencia habitual en España cuando surgió la crisis de convivencia y aquí sigue residiendo la madre y el hijo, lo que determina la competencia de los Tribunales españoles y no los suizos.

Al recurso se ha opuesto la parte contraía, insistiendo en que se trató de un traslado temporal y que la residencia oficial de todos los miembros de la familia es en Ginebra (Suiza).

Ya en esta alzada, se ha puesto de manifiesto que el Tribunal de Primera Instancia (13ª cámara) de Ginebra, ante el que el Sr. Gabriel había instado medidas, ha suspendido su pronunciamiento sobre responsabilidades parentales y otras medidas provisionales, a la espera de la resolución definitiva de los Tribunales españoles, porque a su entender éstos son los competentes por la residencia del menor.

SEGUNDO.- La resolución recurrida considera evidente que el domicilio habitual del menor es en Ginebra, donde nació y donde la familia tenía su domicilio permanente, sin que el cambio unilateral de domicilio por la madre a Barcelona pueda constituir la residencia habitual.

Tras un nuevo análisis de todos los documentos aportados por las partes, la evidencia en que se sustenta la decisión de instancia no puede ser asumida por este Tribunal, y a la vista de lo establecido en el 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, la competencia corresponde a los Tribunales de Barcelona.

El art. 3 de dicho Reglamento establece diversos fueros alternativos, sin ninguna jerarquía entre ellos por lo que basta con que concurra uno para establecer la competencia, según ha indicado en diversas ocasiones el Tribunal Supremo (Ss. 710/2015 de 16 de diciembre y 624/17 de 21 de noviembre). Así establece la competencia general de los órganos jurisdiccionales del Estado 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, o la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda (se descartan el resto de posibilidades pues incorporan un elemento de **nacionalidad** o de acuerdo de las partes que en este caso no existe).

Aun cuando la familia tenía su residencia legal en Ginebra (Suiza) donde el padre, que es nacional español, reside desde antes del matrimonio, consta que se trasladaron a Barcelona y se registraron (empadronamiento) como residentes en el Ayuntamiento de Barcelona desde el 25 de mayo de 2017, en el domicilio de CALLE000 de DIRECCION000 NUM001 - NUM002, y a tal fin habían arrendado una vivienda en fecha 17 de marzo de ese mismo año; y que el hijo Justiniano acudía a guardería durante el curso 2017-2018.

La crisis familiar estalla a principios de 2018 y el padre anuncia a la guardería que retornarán al extranjero, lo que dice se producirá el 28 de febrero de 2018, y también anuncia al arrendador esa intención y por lo tanto que resolvían el contrato de alquiler, pero la madre que, al parecer, no desea regresar a Suiza interpone el 13 de marzo de 2018 demanda de medidas provisionales previas al divorcio solicitando la separación provisional, la guarda del hijo común, y pensiones alimenticias para el hijo y para ella.

Consta que la Sra. Gracia y el hijo común continúan residiendo en Barcelona, mientras el Sr. Carlos Antonio ha retornado a Ginebra, donde tiene su trabajo. A través de la resolución del Tribunal suizo se conoce que la Sra. Gracia tiene trabajo en Barcelona.



Así las cosas, no obstante tener residencia legal en Suiza, la familia (padre, madre e hijo) tenía residencia habitual en Barcelona desde hacía más de seis meses antes de la interposición de la demanda, ya se cuente desde la fecha del contrato de arrendamiento de la vivienda de Barcelona, ya se cuente desde la fecha del registro en el Ayuntamiento de Barcelona, y por lo tanto, los tribunales de esta Ciudad son los competentes para la adopción de las medidas que se solicitaban. No consta en absoluto que fuera la demandante quien decidiera por sí misma trasladarse a Barcelona con el hijo, sino que en su momento fue una decisión conjunta y todos los miembros de la unidad familiar se trasladaron hasta España.

El hecho de que ese traslado se considere provisional por el Sr. Carlos Antonio (criterio subjetivo) no impide la aplicación de la norma que determina la competencia judicial ya que el Reglamento, con independencia de la voluntad de cada uno de los cónyuges, precisamente para tener elementos objetivos que eviten los conflictos competenciales entre los diversos ordenamientos jurídicos, la vincula al transcurso de un tiempo determinado de permanencia en un territorio, en concreto seis meses, siempre que continúe residiendo allí quien demanda y eso es lo que ocurre en el presente caso.

Y no debe olvidarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras sentencia de 13 de octubre de 2016 (Diana y Esperanza , Artemio), al referirse a lo que deba considerarse residencia habitual ha señalado que es "el lugar en que la persona ha fijado, con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses que, a los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos" y se estima suficiente estabilidad el arrendamiento de una vivienda por un periodo inicial de tres años, el registro administrativo y la incorporación del niño a un centro escolar, cuando no existía por edad obligación de incorporarlo al sistema educativo, máxime cuando el padre por razón de su trabajo y según resulta de la actuaciones, debe viajar por distintos países y no tiene un deber de permanencia continuada en Suiza.

TERCERO.- En definitiva, procede la estimación del recurso y ello determina que no se impongan las costas devengadas en esta alzada (art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

En virtud de lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAMOS el recurso de apelación deducido por la representación de Gracia , contra el auto de 13 de diciembre de 2018 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Barcelona, en el procedimiento de medidas provisionales previas nº 164/2018, instado frente a Gabriel y, en consecuencia, REVOCAMOS dicha resolución y declaramos la competencia de los Tribunales de Barcelona para decidir sobre la demanda interpuesta por la recurrente. Todo ello sin imposición de las costas devengadas en esta alzada.

Firme esta resolución devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Lo acordamos y firmamos.