



Roj: **AAP B 7771/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:7771A**

Id Cendoj: **08019370182019200357**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **16/10/2019**

Nº de Recurso: **817/2019**

Nº de Resolución: **388/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER PEREDA GAMEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

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

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120188215522

Recurso de apelación 817/2019 -J

Materia: Proceso especial contencioso guarda y custodia hijos comunes

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Guarda, custodia o alimentos de hijos menores no consensuados 697/2018

Parte recurrente/Solicitante: Sofía

Procurador/a: Pedro Manuel Adan Lezcano

Abogado/a: JORDI CANALS MAURI

Parte recurrida: Valentina

Procurador/a: Susana Pages Rosquelles

Abogado/a: Ester Martín González

AUTO N. 388/2019

Barcelona, 16 de octubre de 2019

Magistrados:

Francisco Javier Pereda Gámez (Ponente)

Margarita Noblejas Negrillo

Mª José Pérez Tormo.

Rollo de Apelación n.:817/2019

Objeto del recurso: competencia de los tribunales españoles

Motivo del recurso: error en la valoración de la prueba

ANTECEDENTES DE HECHO

1. RESUMEN DEL PLEITO DE PRIMERA INSTANCIA

El día 10 de octubre de 2018 la Sra. Sofía presentó demanda en la que solicita el ejercicio exclusivo de la potestad parental y pensión de alimentos de 300 euros al mes para los hijos. Relata que, de **nacionalidad** española y pareja de hecho los litigantes desde 1997 a 2007, tuvieron dos hijos, Belen y Samuel, nacidos en 2001 y 2007, ambos cuidados por la abuela materna en Bolivia, y dice que el padre reside allí, pero designa domicilio en DIRECCION000 para su emplazamiento. Dice que el demandado no se ha ocupado de los hijos y que no le conceden el pasaporte para que los menores vengan a España sin la firma del padre.

El demandado contesta y dice que la hija alcanza en breve la mayoría de edad, que ha enviado regularmente dinero a Bolivia para el mantenimiento de los hijos y que su hermana y madre ayudan a la abuela materna en su cuidado. Afirma que el nivel de vida en Bolivia es muy bajo, da cuenta de tener nueva pareja y un hijo común y dice no trabajar salvo esporádicamente y sostiene que hubiera accedido a firmar para el pasaporte si la madre se lo hubiera pedido. Niega un ejercicio inadecuado de la potestad parental.

El Ministerio Fiscal se remite al resultado de las pruebas.

El juez ha planteado de oficio su posible falta de competencia y el informe del Ministerio Fiscal sostiene que viviendo los hijos en Bolivia el juzgado español no es competente.

El Auto recurrido, de fecha 27 de marzo de 2019, razona que, tratándose de medidas respecto a menores que nunca han vivido en España, sino en Bolivia, al amparo del art. 8.1 del Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre procede declinar la competencia y acuerda sobreseer el procedimiento.

2. CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

La recurrente sostiene que el Juzgado de Barcelona es competente por razón del último domicilio de la pareja (art. 769.3 LEC). Invoca en otro caso el art. 12 del mencionado Reglamento.

El Ministerio Fiscal pide la confirmación de la resolución.

La parte apelada se opone al recurso, dice que no es aplicable el art. 12 del Reglamento y defiende la resolución recurrida.

3. TRÁMITES EN LA SALA

El asunto presenta diligencia de reparto de 17 de junio de 2019. No se ha practicado prueba documental y no se ha celebrado vista. La deliberación y votación de la Sala se señaló para el día 8 de octubre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. LA RESIDENCIA HABITUAL DEL HIJO Samuel

Nos vamos a referir tan solo al menor Samuel, en tanto su hermana, Belen, es ya mayor de edad.

No cabe confundir una norma de competencia territorial (art. 769 LEC) con las reglas imperativas de competencia internacional, que obligan a los Tribunales españoles. El art. 12 del Reglamento regula la prórroga de competencia por acumulación de acciones de responsabilidad parental al pleito de divorcio, lo que no es el caso.

Es este un supuesto muy similar al que hemos resuelto en AAP, Civil sección 18 del 11 de abril de 2019 (ROJ: AAP B 1966/2019 - ECLI:ES:APB:2019:1966A).

El Juzgado basa su incompetencia en el art. 8.1 del Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre (porque los menores no residen habitualmente en un Estado miembro) sin atender al iter de razón completo:

a) El art. 21 LOPJ establece que los 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 y hay que analizar, por ello, las normas de Derecho Comunitario.

b) El art. 8 del 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, opta por el fuero de la residencia habitual del menor, que hay que entender, en una interpretación autónoma, referido al "centro de intereses del menor" (SSTJUE de 2 de abril de 2009, asunto A, y 22 de diciembre de 2010, asunto Mercedi c. Chaffe) y este mismo Tribunal ha declarado que el menor debe haber estado físicamente presente en un Estado miembro para que pueda considerarse que reside habitualmente en él. La residencia habitual corresponde al lugar en que se sitúa, en la práctica, el centro de



vida del menor (SSTJUE 28 de junio de 2018, asunto C-512/17 y 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18), hasta el punto que si un menor ha nacido y permanecido con su madre de manera ininterrumpida durante varios meses, por voluntad común de sus progenitores, en un Estado miembro distinto de aquel en el que éstos tenían su residencia habitual antes del nacimiento del menor, la intención inicial de los progenitores en cuanto al regreso de la madre con el menor a este último Estado miembro no permite considerar que ese menor tiene en dicho Estado miembro su "residencia habitual", en el sentido del citado Reglamento (STJUE de 8 de junio de 2017, asunto C- 111/17).

c) Pero, no residiendo habitualmente en España el menor, ni en ningún otro Estado miembro sino en un tercer Estado, no es aplicable el art. 8 del Reglamento, que no establece, a contrario, lo que el Juzgado interpreta (que, si el menor no reside en España, como Estado miembro, el juez español no es competente), sino que hay que acudir al 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.

d) Sin embargo, Bolivia, lugar de residencia habitual del menor, no es miembro del Convenio de la Haya de 1996 por lo que hay que volver de nuevo al Reglamento (de aplicación universal, que obliga al juez español sea cual sea la **nacionalidad** y residencia de las partes), cuyo art. 12. 4 dispone que "Cuando el menor tenga su residencia habitual en el territorio de 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, se presumirá que la competencia basada en el presente artículo es en beneficio del menor, en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate". Y el apartado 3 a) y b) del mismo precepto declaran la competencia del Estado miembro con el que el menor esté estrechamente vinculado "en especial por el hecho de que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual, o porque el menor es nacional de dicho Estado miembro -circunstancias que concurren en el presente supuesto- si concurre dicho requisito con que "su competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional y la competencia responda al interés superior del menor".

d.1) El menor está estrechamente vinculado con España en tanto sus padres viven aquí y ambos dicen remitir dinero para su manutención, delegado el cuidado en la abuela materna. No hay duda de que los litigantes ostentan la potestad parental en los términos definidos en el art. 2.7, pues son titulares de los derechos y obligaciones conferidos por ministerio de la ley en relación con la persona de los menores, aunque tengan delegado el cuidado en la abuela materna.

d.2) El padre ha contestado a la demanda y ha aceptado la competencia del tribunal español. Conforme a dicho precepto pueden considerarse competentes los tribunales españoles si el demandado acepta la competencia una vez sea citado de comparecencia y este ha sido el caso.

e) Por otra parte, si según las normas de competencia del Reglamento, no resultara competente ningún Estado miembro, el art. 14 -cláusula residual - nos remitiría a las normas de competencia de la LOPJ. En tal caso, el art. 22 quáter LOPJ se aplicaría en defecto de los criterios anteriores, entre los que se encuentra el recogido por el art. 22 ter que fija como criterio de determinación de la competencia el de la residencia habitual del demandado. Consta, en principio, que el padre vive en España, donde ha sido emplazado, por lo que conforme a dicho precepto los tribunales españoles serían también competentes aun en el supuesto de que el demandado no hubiera aceptado la competencia.

La competencia de los tribunales españoles se ajusta además al interés de la menor de **nacionalidad** española en tanto se pide la atribución en exclusiva del ejercicio de la potestad parental para la tramitación del pasaporte español, la madre tiene facilidad para plantear la demanda en España y el padre tiene facilidad para litigar en España, lo que favorece una pronta resolución.

2. LAS COSTAS

Las costas del recurso no deben imponerse, de conformidad con los arts. 398.1 y 394 de la LEC.

PARTE DISPOSITIVA

1. Estimamos el recurso de apelación y, con revocación del Auto apelado, declaramos la competencia de los tribunales españoles y ordenamos que siga el proceso por sus trámites.

2. No nos pronunciamos sobre las costas del recurso.



Contra esta resolución no cabe recurso alguno. Estimado el recurso devuélvase el depósito constituido, en su caso (V. disp. 15ª L.O. 1/2009).

Una vez se haya notificado esta resolución, los autos se devolverán al Juzgado de instancia, con testimonio de la misma, para cumplimiento.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ