



Roj: **AAP B 11725/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:11725A**

Id Cendoj: **08019370182019200472**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **09/12/2019**

Nº de Recurso: **444/2019**

Nº de Resolución: **480/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANA MARIA HORTENSIA GARCIA ESQUIUS**

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.: 0801942120188150252

Recurso de apelación 444/2019 -C

Materia: Modificación medidas separación o divorcio

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Modificación medidas con relacion hijos menores supuesto contencioso 488/2018

Parte recurrente/Solicitante: Zaida

Procurador/a: Laura Gubern Garcia

Abogado/a: Lucia Ortiz Amaro

Parte recurrida: Evaristo

Procurador/a: Ignacio Marsal Ros

Abogado/a: Celsa Núñez Martínez

AUTO Nº 480/2019

Magistrados:

Dª Francisco Javier Pereda Gámez Dª Dolors Viñas Maestre Dª Ana Mª García Esquiús

Barcelona, 9 de diciembre de 2019

Ponente: Ana Mª García Esquiús

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Se han recibido los autos de Modificación medidas con relacion hijos menores supuesto contencioso 488/2018 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Barcelona (Familia) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Laura Gubern Garcia, en nombre y representación de Zaida contra Auto de fecha 22/11/2018 y en el que consta como parte apelada el Procurador/a Ignacio Marsal Ros, en nombre y representación de Evaristo .



SEGUNDO. El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "ESTIMO la declinatoria por falta de jurisdicción internacional interpuesto por D. Evaristo , y en consecuencia, ORDENO el sobreseimiento del procedimiento de modificación de medidas, así como de las piezas de medidas provisionales y cautelares, debiéndose dictar auto de archivo por esta causa en el procedimiento principal y en las piezas separadas. Se imponen las costas del incidente de declinatoria a DÑA. Zaida ."

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 12/11/2019.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento

La presente declinatoria por falta de competencia internacional se plantea en un procedimiento de modificación de medidas de una sentencia dictada por un Tribunal belga. En fecha 29-6-2016 la sentencia del Tribunal de la Famille et de la Jeunesse du Hainant, División de Mons acuerda el ejercicio de la patria potestad compartida y el derecho de residencia habitual a la madre con quien el niño permanecerá domiciliado a efectos administrativos en DIRECCION000 . Dos años

después la Cour d'Appel de Mons, por sentencia de 8-6-2018, determina que el menor debe residir con su padre en Bélgica lo cual se hará efectivo días antes del curso en septiembre.

El día 2 de Julio de 2018, la madre guardadora hasta la fecha , Sra. Zaida , presenta ante los tribunales españoles demanda de modificación de la sentencia de apelación del Tribunal belga, que por turno de reparto corresponde al Juzgado de Primera Instancia núm 18 de Barcelona.

Admitida a trámite la demanda, comparece el demandado Sr. Evaristo planteando la declinatoria por falta de competencia internacional que es estimada por el Auto que ahora se recurre.

La tesis acogida por el Auto recurrido es en síntesis la siguiente: cuando se plantea la demanda de modificación el menor ya tiene fijada su residencia habitual en Bélgica aunque su efectividad se difiere a septiembre y en el tiempo intermedio se considera que reside con la madre pero es una residencia secundaria y declara no aplicable el art. 9 del Reglamento 2201/2003.

En el recurso de apelación formulado por la Sra. Zaida , se alega infracción de las normas y garantías procesales - art. 218 LEC- entendiéndose aplicable el art. 9 del Reglamento. Sostiene que la competencia del Tribunal Belga para resolver la apelación se mantiene porque la decisión apelada era de un tribunal belga y porque aunque se había acordado la Residencia del niño en España no habían transcurrido tres meses. Alega asimismo las normas y principios que inspiran las normas de competencia del Reglamento.

El Juzgado de Primera Instancia , por haberlo solicitado el padre Sr. Evaristo , dicto en fecha 5 de septiembre de 2018, Auto de ejecutoriedad del art. 31 del Reglamento Europeo 2201/2003 de la sentencia dictada en junio de 2018 por la Cour d'Appeal de Mons (Bélgica) .

SEGUNDO.- Alegación de infracción de normas o garantías procesales y del art. 218 de la LEC por falta de motivación y determinación de la competencia conforme al Reglamento.

Subraya la apelante la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales que impone el art. 218 de la LEC a los jueces y tribunales y el error en que incurre la resolución de instancia al establecer como aplicable el Reglamento 2201/2003, citando el art. 8 y art. 9 , relativos a la competencia internacional , pero que sin embargo incurre en error en su aplicación.

Existe al respecto un abundante cuerpo doctrinal que se resume entre otras en sentencias del TSJCat 21/2016 de 7 de abr. y 68/2016 de 19 sep. en el sentido de entender que la exigencia constitucional de motivar las sentencias (art. 120.3 CE) no supone la necesidad de que el Tribunal lleve a cabo una exhaustiva descripción de dicho proceso intelectual, ni le impone una determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento empleado, como tampoco exige un análisis detallado sobre todos y cada uno de los elementos y alegaciones, de hecho o de derecho, que se hayan introducido en la *litis*, o sobre todas las alegaciones que la parte pudiera haber realizado sobre el objeto litigioso, siendo suficiente con que la resolución ofrezca los razonamientos reveladores de la *ratio decidendi* , aunque pudieran considerarse discutibles o escuetos, permitiendo su conocimiento por las partes y su eventual revisión mediante el sistema de recursos previsto legalmente.



Desde esta perspectiva , la resolución no incurre en el defecto denunciado, dado que , con independencia o no de la correcta aplicación de la norma, efectúa un completo análisis del tema de debate, hechos y circunstancias concurrentes y razonamientos en que se basa para decidir.

Por el contrario , estima la Sala que el enfoque que efectúa la recurrente no es el que se ajusta a los hechos que se examinan.

La competencia de la Cour d'Appel de Mons no se funda en el art. 9 del Reglamento. El menor tenía la residencia habitual en Bélgica cuando se planteó el procedimiento en primera instancia, y entonces no se cuestionó la competencia la cual se ha mantenido en virtud del principio *perpetuatio fori*. Han transcurrido dos años desde la sentencia dictada en primera instancia por el tribunal belga autorizando la residencia del menor en España con la madre sin plantearse discrepancia alguna al respecto durante la tramitación de esa apelación ante los tribunales belgas . La sentencia dictada por la Corte de Apelación belga fija la residencia del menor con el padre en Bélgica, pero dado que la residencia del menor en España durante estos dos años lo había sido pendiente apelación, ello no autorizaba , según el Reglamento, un cambio de competencia dentro del mismo procedimiento.

El mismo Reglamento en su art. 15 posibilita que el tribunal que debe adoptar la decisión transfiera la competencia en determinados supuestos. El considerando (13) hace referencia a esta posibilidad "para atender al interés del menor", pero el Tribunal Belga no ha hecho uso de dicha facultad.

La realidad es que el menor ha estado residiendo en España durante estos dos años en virtud de lo dispuesto en la sentencia dictada en Primera Instancia por el Tribunal Belga y esta situación de hecho, generada por aquella resolución, es la base en que la parte apelante funda la competencia de los tribunales españoles. Plantea así que el menor tenía su residencia habitual en España pero al respecto hemos de puntualizar , para centrar adecuadamente el tema, que el concepto de "residencia habitual" es una cuestión fáctica que corresponde determinar a los tribunales de cada Estado. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que el Reglamento no contiene ninguna definición de este concepto , que se trata de un concepto autónomo del Derecho de la Unión, por lo que su determinación debe realizarse atendiendo al contexto en el que se insertan las disposiciones del Reglamento y al objetivo pretendido por éste, en especial el que resulta de su duodécimo considerando, según el cual, las normas de competencia que establece están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad (sentencias de 8-6-2017 (C-111/17); de 2-4- 2009 (C-523/07); 9-10-2014 (C-376/14); 22-12-2010 (C-497/10); de 8-6-2017 y de 17-10-2018.

En la sentencia de 9-10-2014 (ROJ: PTJUE 292/2014) n. recurso C-376/14, para determinar la residencia habitual de un menor en un supuesto análogo al presente destaca la importancia de tener en cuenta que la resolución judicial que autorizaba el traslado podía ser ejecutada provisionalmente y que había sido recurrida en apelación señalando "que esos factores no favorecen una constatación de la transferencia de la residencia habitual del menor ya que dicha resolución tenía carácter provisional y ese progenitor no podía tener la certeza al tiempo del traslado de que la estancia en ese Estado miembro no sería temporal", pero precisa después que "dada la necesidad de asegurar la protección del interés superior del menor, al evaluar todas las circunstancias específicas del caso esos factores deben ponderarse con otros aspectos de hecho que pudieran demostrar una cierta integración del menor en un entorno social y familiar desde su traslado y en particular el tiempo transcurrido entre ese traslado y la resolución judicial que anuló la resolución de primera instancia y fijó la residencia del menor en el domicilio del progenitor que permanecía en el estado miembro de origen", pero estas precisiones las hace en un contexto en el que lo que se ha planteado es una demanda de sustracción internacional en la que debe calificarse si la retención en el Estado al que se trasladó el menor en virtud de la sentencia dictada en primera instancia es o no ilícito y en la contestación a la cuestión prejudicial planteada se añade "sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas en un estado miembro".

Por lo tanto, lo que aquí se dirime es si los Tribunales españoles son competentes en virtud del art. 8 del Reglamento cuando el Tribunal belga ha fijado ya la residencia del menor en Bélgica. Podría cuestionarse si la residencia del menor durante dos años en España autorizada por el Tribunal Belga en primera instancia pudo provocar o no un cambio de residencia en el sentido del Reglamento en virtud de los parámetros y circunstancias que se recogen en las sentencias del TJUE (presencia física del menor, duración de la residencia, integración social, escolar y familiar, **nacionalidad**...).

Sobre este particular aprecia la Sala una cierta contradicción entre el principio de la *perpetuatio fori* que mantiene el Reglamento, no así el Convenio de la Haya de 1996, y la construcción del concepto de residencia habitual que se deriva de las sentencias del TJUE antes referenciadas, así como la posible contradicción entre dicho principio y el principio de proximidad que inspira las normas de competencia según el propio Reglamento desde la perspectiva del interés del menor. Pero dictada sentencia por el Tribunal Belga en segunda instancia



que determina la residencia habitual del menor con el padre en Bélgica, los Tribunales españoles no son competentes para conocer de una demanda de modificación de medidas en virtud de lo dispuesto en el art. 8 del Reglamento porque la residencia habitual del menor ya no está en España y el Reglamento no contempla la posibilidad de solicitar la transferencia de competencia al órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia, como si lo hace el reglamento 1111/2019 no aplicable al presente supuesto.

Tampoco podría fundarse la competencia de los Tribunales españoles en la dicción del art. 9 del Reglamento que contempla el mantenimiento de la competencia de los órganos jurisdiccionales del estado miembro de la anterior residencia habitual del menor durante el periodo de tres meses para modificar la resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia. Aun en el caso de considerar que la estancia del menor en España durante dos años hubiera determinado su residencia habitual en España, y que la sentencia del Tribunal Belga ha determinado el cambio de residencia, no hay resolución de Tribunal español susceptible de modificación y lo que se solicita en la demanda no es la modificación de un régimen de visita sino de la medida principal, es decir la decisión sobre la guarda. En esta situación el supuesto que aquí se examina no encaja en el art. 9 del Reglamento.

TERCERO.- Por todo lo expuesto y dada la naturaleza del recurso que se plantea, no procede efectuar imposición de costas de esta alzada a ninguna de las partes.,

PARTE DISPOSITIVA

ACORDAMOS: **DESESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Zaida, representada por la Procuradora Doña Laura Gubern Garcia, contra el auto dictado en fecha 22 de Noviembre de 2018, por el Juzgado de Primera Instancia núm 18 de los de Barcelona, autos Modificación de Medidas número 488/2018 de los que el presente rollo dimana y **CONFIRMAR** la referida resolución, sin imposición de costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes interesadas y verificado, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, donde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).