



Roj: **AAP LU 41/2018 - ECLI: ES:APLU:2018:41A**

Id Cendoj: **27028370012018200031**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lugo**

Sección: **1**

Fecha: **11/04/2018**

Nº de Recurso: **99/2018**

Nº de Resolución: **44/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ANTONIO VARELA AGRELO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LUGO UTO: 00044/2018

N10300

PLAZA AVILÉS S/N

Tfno.: 982294855 Fax: 982294834

FF

N.I.G. 27066 41 1 2017 0003069

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000099 /2018

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.2 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS A LA DEMANDA 0000435 /2017

Recurrente: Ignacio

Procurador: JOSE ANGEL PARDO PAZ

Abogado: PEDRO LOPEZ TORRES

Recurrido: Luis Alberto

Procurador: CONSTANTINO PRIETO VAZQUEZ

Abogado: MONTSERRAT RABANAL BLANCO

AUTO 44/2017

Ilmo. Sres.:

D. JOSE ANTONIO VARELA AGRELO

D.ª MARIA ZULEMA GENTO CASTRO

D. DARIO ANTONIO REIGOSA CUBERO.

En LUGO, a once de abril de dos mil dieciocho.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de LUGO, los Autos de **MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS A LA DEMANDA 0000435/2017**, procedentes del XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.2 de DIRECCION000, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000099/2018**, en los que aparece como parte apelante, Ignacio, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JOSE ANGEL PARDO PAZ y asistido por el Abogado D. PEDRO LOPEZ TORRES, y como parte apelada, Luis Alberto, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. CONSTANTINO PRIETO VAZQUEZ y asistido por el Abogado D. MONTSERRAT RABANAL BLANCO y el **MINISTERIO FISCAL**, sobre competencia judicial



internacional en medidas provisionales previas a demanda de divorcio. Siendo ponente el presidente Ilmo. Sr. D. JOSE ANTONIO VARELA AGRELO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.2 de DIRECCION000 , se dictó en fecha veintitrés de octubre de dos mil diecisiete auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Acuerdo que este órgano judicial ha de abstenerse del conocimiento de la demanda presentada por Ignacio , frente a Luis Alberto , por carecer de competencia internacional, en virtud de los hechos y fundamentos expuestos en esta resolución.== En virtud de lo establecido en el artículo 9.6 de la L.O.P.J ., corresponde conocer del presente asunto a los Tribunales de Portugal."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por Ignacio , y elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, se siguió el recurso por sus trámites, se trajeron los autos a la vista del Magistrado Ponente para dictar la resolución oportuna, señalándose la audiencia del día once de abril de dos mil dieciocho a las diez treinta horas para deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los del auto apelado, con la modificación que se dirá.

PRIMERO .- La cuestión a dilucidar es la competencia judicial internacional para el conocimiento de las medidas provisionales planteadas por el progenitor ante los tribunales de nuestro país y que han sido objeto de declinatoria por la madre de los menores sobre los que se proyectan las medidas.

La resolución apelada aprecia la falta de competencia de nuestro país, y frente a esta decisión judicial plantea recurso de apelación el padre, que fue quien planteó las medidas ante la Justicia Española.

SEGUNDO .- No es objeto de discusión que el marco normativo al que hay que acudir en materia de competencia internacional, cuando el domicilio se encuentra en la Unión Europea y existe un elemento transfronterizo, al tiempo que se trata de materia de familia, es el Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre.

La juzgadora "a quo" aprecia la falta de competencia, al indicar que en supuestos de litispendencia, el art. 19 del Reglamento obliga a suspender en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera. Señala que consta un procedimiento de responsabilidad parental entre las mismas partes, iniciado en Septiembre de 2016, en tanto que el que aquí nos ocupa lo fue en Diciembre de 2016, y añade que los tribunales portugueses han establecido su competencia como se deduce de la atribución provisional de la custodia.

TERCERO .- La dificultad del supuesto viene provocada por dos elementos del supuesto de hecho:

- a) la dificultad de establecer el último domicilio conyugal ante los múltiples cambios de domicilio de la pareja (3 en Madrid), residencia en DIRECCION001 , y escolarización igualmente cambiante de los menores.
- b) la separación de los menores, pues mientras el mayor Leoncio reside desde hace 2 años en DIRECCION000 , con sus abuelos paternos y el progenitor, encontrándose allí escolarizado, el menor Ricardo reside con la madre en DIRECCION001 .

A ello hay que añadir un componente jurídico como es las sucesivas resoluciones procedentes de Tribunales españoles que indicaban que el último domicilio era en España e incluso el rechazo de la declaración solicitada por la madre del traslado ilícito del hijo mayor desde Portugal a España.

CUARTO .- Ambos progenitores, según se desprende de los autos, tratan de conciliar sus respectivas obligaciones parentales con la atención de las profesionales, lo que les obliga a viajar desde DIRECCION000 , el padre, y desde DIRECCION001 la madre a Madrid donde, al menos, hasta hace poco más de dos años y medio tenían un negocio de hostelería.

La dificultad de establecer con seguridad un domicilio conyugal como referencia para establecer la competencia habrá de diluirse teniendo en cuenta, que la madre emitió **autorización para el empadronamiento de los menores en DIRECCION000** , y aunque a la postre está acreditado que el más pequeño continúa la convivencia con la madre en DIRECCION001 , también lo está que tal autorización se hizo efectiva con el mayor que lleva ya dos años viviendo en DIRECCION000 , y acudiendo allí al Centro Escolar estando plenamente integrado en la citada ciudad.



No puede perderse de vista que, en esta materia, rige el Principio del interés del menor, y que como ya dijimos en nuestra anterior resolución, con ocasión del recurso sobre el traslado ilícito de Leoncio conviene remediar lo antes posible esa situación de que ambos hermanos estén separados.

QUINTO .- No procede en este momento prejuzgar el fondo de la cuestión, sino únicamente establecer la competencia judicial internacional discutida, y es evidente que hay que evitar la tramitación de dos expedientes en distintos países que pudieran provocar decisiones contradictorias e irreconciliables.

En ese sentido la documental aportada en el Rollo de Sala en el sentido de que los Tribunales de Portugal están a la espera de lo que se decida en el presente expediente es una prueba de que los tribunales portugueses comparten tal criterio y seguirán el mismo.

Así las cosas, la Sala tras ponderar todos los elementos de convicción de que se dispone se inclina por establecer la competencia judicial del Juzgado de DIRECCION000 por los siguientes motivos:

a) El hijo mayor reside en dicha localidad, convive con su padre y familia paterna y se encuentra plenamente integrado en todos los aspectos en la citada ciudad, habiendo sido empadronado en la misma con la expresa autorización de la madre.

b) La presentación de la demanda por parte de la madre en Portugal es posterior a dicha autorización, siendo esta el único dato objetivo de referencia de domicilio consentido.

c) Las múltiples resoluciones precedentes, del Juzgado de 1ª Inst. nº 93 de Madrid, Juzgado de 1ª Inst. nº 4 y nº 5 de Lugo, y esta propia Sala avalan ese domicilio en nuestro país.

d) No se ha apreciado, en resolución firme la existencia de traslado ilícito del menor.

e) Los puntos de Conexión de Fueros son más intensos con España. El padre es español, y la madre, inglesa, los niños, de doble **nacionalidad**, nacen en España, siendo el domicilio en Madrid (hubo tres cambios en dicha ciudad), y fijándose luego con autorización de la madre el empadronamiento en DIRECCION000 .

Por el contrario, la residencia en Portugal ofrece indicios de segunda residencia, aunque la postre se haya convertido en el domicilio mas habitual de la madre.

f) La imposibilidad de mantener la competencia de ambos países que lo serían a tenor de la actual residencia de cada hijo, obliga a efectuar una interpretación a favor del tribunal que ofrezca una mayor conexión con el caso y en este sentido se entiende que es el Juzgado de 1ª Inst. de DIRECCION000 el que aparece mejor situado para resolver unificando en un solo tribunal las medidas a adoptar.

SEXTO .- Las dudas del caso aconsejan no hacer especial condena en costas.

Vistos los artículos de pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Se estima el recurso de apelación.

Se revoca la resolución apelada.

Se acuerda en su lugar declarar la competencia judicial internacional del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de DIRECCION000 para el conocimiento del asunto.

No se hace condena en costas.

Devuélvase al consignante el depósito constituido para recurrir.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados arriba indicados. Doy fe.