



Roj: **SAP B 2680/2017 - ECLI:ES:APB:2017:2680**

Id Cendoj: **08019370122017100072**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **13/01/2017**

Nº de Recurso: **141/2016**

Nº de Resolución: **26/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ISABEL TOMAS GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

BARCELONA

SECCIÓN Duodécima

ROLLO Nº 141/2016-A

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 6 DIRECCION000

GUARDA Y CUSTODIA CONTENCIOSO NÚM. 1418/2011

SENTENCIA Nº 26/17

Ilmos. Sres.

DON JUAN MIGUEL JIMENEZ DE PARGA GASTON

DOÑA M^a PILAR MARTIN COSCOLLA

DOÑA MARIA ISABEL TOMAS GARCIA

En la ciudad de Barcelona, a trece de enero de dos mil diecisiete.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Duodécima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Guarda y custodia contencioso, número 1418/2011 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 6 DIRECCION000 , a instancia de DOÑA Valentina , representada por la procuradora DOÑA M^o PILAR GOMEZ BARE y dirigida por el letrado D. JOAN TOMAS SEMENTE, contra D. Pedro , representado por el procurador D. CARLES BADIA MARTINEZ y dirigido por la letrada DOÑA BEATRIZ SERRANO DIAZ; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 21 de julio de 2016, por el Juez del expresado Juzgado. Habiendo tenido la debida intervención el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Se desestima la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. SUSANA MORENO GARCÍA en nombre y representación de Dña. Valentina contra D. Pedro por falta de competencia para conocer del presente procedimiento.

Todo ello se entiende sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales".

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora mediante su escrito motivado; se dio traslado a la contraria, con el resultado que obra en las actuaciones, y se elevaron las mismas a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 14 de diciembre de 2016.



CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA MARIA ISABEL TOMAS GARCIA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR DOÑA Valentina CONTRA LA SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 2.015 .

Primer motivo: infracción del art. 22.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en su redacción originaria.

El motivo se estima.

Para llegar a esta conclusión constatamos la siguiente secuencia de hechos:

- 1) doña Valentina , de nacionalidad ecuatoriana, y don Pedro , de nacionalidad peruana, formaron una unión estable de pareja desde el 3/11/09 hasta el 26/4/10 (documento 1 de la demanda;
- 2) consecuencia de dicha relación nació Beatriz en fecha NUM000 de 2.009 (documentos 2 y 3 de la demanda), de nacionalidad peruana;
- 3) en el mes de septiembre de 2.010 el padre marchó a **Perú** con la hija común sin que conste hubiere regresado a España;
- 4) en fecha 3 de noviembre de 2.011 la madre, residente en la ciudad de DIRECCION000 , presenta ante el Decanato de este partido demanda sobre guarda y custodia;
- 5) el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de este partido adopta las siguientes decisiones:
 - por Auto de 24 de enero de 2.012 se declara competente para el enjuiciamiento y fallo del asunto;
 - por Diligencia de 4 de marzo de 2.015 deniega la tramitación de la declinatoria por falta de competencia internacional formulada por don Pedro ;
 - por Sentencia de 21 de julio de 2.015 descarta poseer competencia para el conocimiento del asunto y frente a ella se alza la parte actora por medio del presente recurso.

Sentados los anteriores presupuestos debemos señalar:

1.- Ante todo, a la vista del precepto en el que la Sentencia recurrida funda su decisión -el art. 9.4 del Código Civil común relativo a la ley aplicable a las relaciones paterno-filiales-, es importante señalar que una cosa es que la Ley aplicable al fondo del asunto pudiera ser la normativa peruana por tratarse de una materia regida por la Ley nacional de la hija común, y otra previa y bien distinta es que dicha nacionalidad vaya a determinar la competencia de los tribunales de dicho Estado americano. En otras palabras, es perfectamente posible que sean los tribunales españoles los competentes para conocer de un asunto con elementos de extranjería -como es el presente supuesto en que la madre es de Ecuador y el padre y la hija de **Perú**-, por más que aquéllos deban aplicar, si resulta debidamente acreditada, la normativa de alguno de esos Estados (art. 281.2 LECivil).

2.- La normativa de atribución competencial de los tribunales españoles, cuando existe algún elemento de extranjería, se encuentra en el apartado 1º del art. 21 de la LOPJ según el cual: "Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte." .

La competencia de los tribunales españoles en materia de responsabilidad parental está regulada en el Reglamento de la Unión Europea 2.201/03 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y responsabilidad parental (Bruselas II bis).

Dicho instrumento establece como fuero general (artículo 8) que son competentes para resolver sobre la guarda y custodia y otras cuestiones relativas a la responsabilidad parental los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenga su residencia habitual. El concepto de residencia habitual ha sido acotado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el lugar en el que el menor esté integrado a nivel social y familiar correspondiendo a los tribunales nacionales valorar en cada caso las circunstancias concretas como la permanencia e integración en un país, la nacionalidad, los vínculos familiares y sociales, el idioma y las condiciones de escolarización del menor.

Procede por tanto determinar la residencia de la hija de los litigantes en aplicación de lo indicado y teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso. Así se aprecia que Beatriz nació en DIRECCION000 en NUM000 de 2.009, y allí tuvo su residencia hasta que se trasladó a **Perú** en septiembre de 2010 sin que conste



que haya regresado a España hasta la fecha. El traslado a **Perú** se realizó con el consentimiento de ambos progenitores y si bien la madre alega que la menor tenía que haber regresado tras las vacaciones con la familia paterna, lo cierto es que consintió que la menor estuviera a cargo del padre en **Perú** durante aproximadamente un año y hasta que interpuso la demanda ante el juzgado decano de los de DIRECCION000 . Asimismo del contenido de los correos electrónicos intercambiados entre los litigantes y que obran en la causa reflejan que ambos progenitores mantenían buena relación y el padre se ocupaba de la menor; la ruptura de la pareja se produjo con posterioridad cuando ambos seguían residiendo en distintos países. Por lo que se refiere a Beatriz , hay que indicar que ambos progenitores la inscribieron en el Consulado de **Perú** en Barcelona con el fin de que adquiriera la nacionalidad y la documentación peruana. Consta asimismo que la menor estuvo escolarizada en el colegio " DIRECCION002 " aula de 2 años del nivel inicial y está plenamente integrada en la familia paterna. Por todo lo anterior hay que considerar a **Perú** como estado de residencia habitual. La consecuencia de ello es descartar la aplicación al presente caso del citado Reglamento 2.201/03 por no tener Beatriz su residencia en el territorio de país miembro de la Unión Europea, debiendo descartarse igualmente la aplicación del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1.996 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, por no ser **Perú** parte del mismo. La atribución de competencia debemos buscarla por tanto en la normativa nacional, artículo 22 de la LOPJ , en su redacción originaria anterior a la reforma introducida por Ley Orgánica 7/15, de 21 de julio atendida la fecha de interposición de la demanda rectora del proceso.

3.- Si tenemos en cuenta los criterios de atribución contenidos en dicho precepto, todo conduce al reconocimiento de la competencia de los tribunales españoles: - descartados los supuestos del apartado 1º y sentado que la actora se sometió a los tribunales de nuestro país con la mera presentación de la demanda ante el Decanato de DIRECCION000 (art. 56.1º LECivil), desde el momento en el que el sr. Pedro no formuló declinatoria en tiempo y forma, tal como decretó el Juzgado en resolución de 4 de marzo de 2.015 -firme por consentida y por ello con autoridad cosa juzgada formal (art. 207. 2 , 3 y 4 LECivil - debemos considerarle tácitamente sometido a la competencia de dicho órgano judicial conforme al art. 22.2 LOPJ (art. 56.2º LECivil) y - atendida la materia sobre la que versa el litigio, relaciones paternofiliales, al tener la Sra. Valentina su residencia habitual en nuestro país al formular la demanda, el art. 22.3 LOPJ atribuye igualmente competencia a los tribunales españoles para conocer del litigio y de hecho así lo declaró el Juzgado en su Auto de 24 de enero de 2.012, tras el seguimiento del correspondiente incidente.

Por todo lo que antecede procederá estimar el primer motivo del recurso, revocar la Sentencia de 21 de julio de 2.015 , en cuanto aprecia la falta de competencia de los tribunales españoles, debiendo seguidamente examinar la pretensión articulada por la Sra. Valentina en su escrito de demanda.

Segundo motivo.- Atribución de la guarda y custodia de la menor y efectos derivados.

Solicita la Sra. Valentina en su demanda la atribución del ejercicio de la guarda y custodia y se establezca que el padre abone la cantidad de 200 euros para sufragar las necesidades de la menor, sin embargo mediante escrito de 29 de noviembre de 2011(obrante al folio 21)renuncia a la solicitud de alimentos.

Tanto la legislación española(art. 39.4 Constitución Española , artículos 92 , 154 y 170 Código civil artículo 233-8-3 del Código civil de Cataluña) como la peruana(art. 81 del Código del Niño y Adolescente) consideran que la salvaguarda del interés superior del menor es el criterio preferente a la hora de resolver en materia de responsabilidad parental. En el mismo sentido el art. 3.1 0 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), el art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, y el principio 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cataloga al interés del menor como "regla universal... que siempre ha de prevalecer" en materia de guarda y custodia de menores (STSJC 31/2008); el Tribunal Constitucional, lo define como "un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional"(STC 141/2000) y un "criterio básico y preferente" en los procedimientos en materia de familia (ATC 127/1986), que "debe inspirar la actuación jurisdiccional"(STC 217/2009) y que, en consecuencia, faculta al tribunal para resolver incluso de oficio (STC 4/2001), y finalmente el Tribunal Supremo, indica que debe prevalecer "incluso por encima del de sus progenitores " y ha de ser observado necesariamente por jueces y tribunales"(STS 1ª 614/2009).

Atendido lo anterior, procede determinar qué progenitor debe ejercer la guarda ("tenencia" en **Perú**). De la documental obrante en la causa se aprecia que desde septiembre de 2010 la menor está conviviendo con el padre, empadronada en su domicilio sito en la URBANIZACIÓN000 - DIRECCION001 , que goza de buena salud (certificado médico), que se encuentra escolarizada (primero en " DIRECCION002 " y posteriormente en " DIRECCION003 " y que se relaciona con la familia extensa. Se considera que el interés de la menor Beatriz se concreta asimismo en gozar de estabilidad y ello podría frustrarse si se concediera la custodia a la madre



que hace varios años que no convive con ella. Por ello procede desestimar la solicitud de guarda formulada por Dña. Valentina y acordar que sea el padre SR. Pedro quien la ostente como hasta ahora sin perjuicio de lo siguiente:

1º.- Ambos progenitores ejercerán conjuntamente la potestad parental. Ello significa que todas decisiones relevantes de la vida de la menor serán adoptadas por los dos y ello implica que ambos estén informados del desarrollo escolar, necesidad de atención medica, variación en los hábitos alimenticios y/o sanitarios, ingesta de medicamentos y otros aspectos emocionales de la niña. A fin de facilitar la comunicación, los dos progenitores han de informarse mutuamente de sus respectivos domicilios, correos electrónicos y teléfonos de contacto, así como de cualquier cambio que efectúen de éstos.

2º.- La menor tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores y por ello ha de establecerse un régimen de relación con la progenitora no custodia. La relación con la madre permitirá cubrir las necesidades afectivas y educacionales de la hija en aras a un desarrollo armónico y equilibrado de su personalidad. Por ello, y en defecto del acuerdo sobre el régimen de relación y visitas al que pudieran llegar la Sra. Valentina y el Sr. Pedro, y teniendo en cuenta la distancia entre España y **Perú** se establece que la madre podrá estar en compañía de su hija Beatriz la mitad de los periodos vacacionales escolares en **Perú**. La madre comunicará con al menos 20 días de antelación al padre las fechas de recogida y devolución elegidas para el disfrute de la estancia con su hija. Asimismo la madre podrá relacionarse con su hija mediante teléfono, correo electrónico o servicios de video llamada (skype, viber, whatsapp u otros) de forma diaria teniendo en cuenta el horario diurno de su hija.

Segundo.-COSTAS DE APELACIÓN.

La estimación del recurso interpuesto por DOÑA Valentina, aunque sea en forma parcial, justifica que las costas causadas por su tramitación no se impongan a ninguna de las partes conforme a lo dispuesto en el art. 398.2 LECivil.

FALLAMOS

Que estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Valentina contra la Sentencia dictada en fecha 21 de mayo de 2.015 en los autos sobre guarda y custodia 1.418/11 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de DIRECCION000 y en consecuencia:

1º.- **REVOCAMOS** dicha resolución en cuanto declara la falta de competencia de los tribunales españoles para el enjuiciamiento y fallo de la cuestión controvertida y en relación a ésta ACORDAMOS:

.-Desestimar la solicitud de guarda y custodia de la menor Beatriz formulada por Dña DOÑA Valentina de tal forma que sea el padre DON Pedro quien la ejerza.

.-Ambos progenitores ejercerán conjuntamente la potestad parental. Ello significa que todas decisiones relevantes de la vida de la menor Beatriz serán adoptadas por los dos.

.-En defecto del acuerdo al que pudieran llegar el padre y la madre, se establece que la madre, Dña DOÑA Valentina, podrá estar en compañía de su hija Beatriz la mitad de todos los periodos vacacionales escolares de **Perú** comunicando al padre las fechas de recogida y devolución con al menos 20 días de anticipación al inicio de las estancias. Asimismo la madre podrá relacionarse con su hija diariamente mediante teléfono, correo electrónico o servicios de video llamada (skype, viber, whatsapp u otros) teniendo en cuenta el horario diurno de su hija.

2º.- Las costas causadas por la tramitación del proceso, en primera y segunda instancia, no se imponen a ninguna de las partes.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 LEC y recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente (D.F. 16ª, 1.3ª LEC). También cabe recurso de casación, en relación con el derecho civil catalán, sustantivo y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. El/los recursos debe/n ser interpuesto/s ante esta Sección en el plazo de veinte días.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.