



Roj: **AAP B 1963/2019 - ECLI:ES:APB:2019:1963A**

Id Cendoj: **08019370182019200156**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **04/04/2019**

Nº de Recurso: **61/2019**

Nº de Resolución: **158/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARGARITA BLASA NOBLEJAS NEGRILLO**

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.: 0808942120188121887

Recurso de apelación 61/2019 -B

Materia: Proceso especial contencioso guarda y custodia hijos comunes

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de DIRECCION000

Procedimiento de origen:Guarda, custodia o alimentos de hijos menores 374/2018

Parte recurrente/Solicitante: Faustino

Procurador/a: ELISABET BERBEL CIUDAD

Abogado/a: CRISTINA FERNANDEZ CALVO

Parte recurrida: MINISTERI FISCAL

Procurador/a:

Abogado/a:

AUTO Nº 158/2019

Magistradas:

D^a Margarita B. Noblejas Negrillo (ponente)

D^a M^a José Pérez Tormo

D^a Dolors Viñas Maestre

Barcelona, 4 de abril de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero . En fecha 10 de enero de 2019 se han recibido los autos de Guarda, custodia o alimentos de hijos menores no consensuados 374/2018 remitidos por Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de DIRECCION000 a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora ELISABET BERBEL CIUDAD, en nombre y representación de Faustino contra el Auto de fecha 28/6/2018 y posterior auto aclaratorio de fecha 13/09/2018 y en el que consta como parte apelada/impugnante el MINISTERIO FISCAL.



Segundo . El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "DECLARO LA FALTA DE COMPETENCIA TERRITORIAL de este Juzgado para conocer del presente asunto, sobre Medias Paterno-filiales por corresponder a los tribunales Italianos."

Auto que fue aclarado por resolución de fecha 13/09/2018 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"ACUERDO RECTIFICAR EL ERROR MATERIAL consistente en subsanar donde aparezca haciendo saber que contra el mismo cabe interponer Recurso de Reposición ha de decir Recurso de Apelación ex. art. 66.1 de la LEC ."

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

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

Se designó ponente a la Magistrada Margarita B. Noblejas Negrillo .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Traen causa las presentes actuaciones de la demanda de 23-5-2018 formulada por el hoy apelante sobre medidas paterno-filiales en relación a la hija común, en la que alegaba que la demandada y la hija tenían su domicilio en DIRECCION001 , pero que se produjo un traslado y retención ilícitos el 21-2-2018 según se declaró por auto de 20-4-2018 del Juzgado de Primera Instancia 2 de DIRECCION000 , en virtud de lo establecido en el art. 3 del Convenio de La Haya de 25-10-1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

Recibió el auto el 7-5-2018 y ha iniciado las acciones correspondientes para su restitución a su domicilio de DIRECCION001 a través de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional dependiente del Ministerio de Justicia.

Decía que estaban separados de hecho desde finales de 2016; que la menor, Natalia , que a la demanda contaba con siete años de edad, nació en Córdoba (Argentina) y residía en España desde 2015 en DIRECCION001 , donde estaba empadronada. Iba a la escuela DIRECCION002 de dicha localidad; que todos tienen doble **nacionalidad**, argentina e italiana; que la demandada vino a Europa en 2013 desde Córdoba, primero a Italia, a Rivanazzano, y él se quedó en Argentina; que él le dio poderes para decidir unilateralmente respecto a aspectos que correspondían a ambos, como la elección de centro escolar (doc.4) "por razones de distancia no sería conveniente para la menor que todas las decisiones tengan que ser consultadas y autorizadas por él"; que en 2015 ella se trasladó a España, a Barcelona, donde vive su hermano y que en esos dos años se visitaron mutuamente, y se instalaron en un apartamento propiedad del Sr. Salvador , padrino de él, en DIRECCION001 ; que él vino tras conseguir trabajo en ESTUDIO BUENOS AIRES BCN, SL y que al separarse acordaron que la guarda y custodia la ostentaría la madre con visitas de fines de semana alternos y dos intersemanales y la mitad de las vacaciones; alimentos 250 € y 50% de los gastos extraordinarios, hasta que él pudiese tener una vivienda en condiciones para una compartida; que la demandada empezó a distanciarse cuando él le dijo que habría que pensar ya en la compartida y que el 11-2-2018 le comunicó vía whatsapp su intención de ir con la hija de vacaciones a DIRECCION003 , pasarían entre el 21/02 al 5/03, pero el 2-3-2018 le comunicó que no volvería a España y que iba a fijar su residencia en Italia, a lo que él mostró su más absoluta disconformidad, por lo que se instaba la demanda en la que solicitaba la guarda y custodia de la menor, entre otros extremos.

Por Diligencia de Ordenación de 7-6-2018 se instó a las partes a fin de que se pronunciaran sobre una posible incompetencia territorial en atención a lo dispuesto en el art. 769.3 LEC .

El demandante entendía que era competente el Juzgado de DIRECCION000 y el Ministerio Fiscal, atendido que si bien la menor reside en Italia, vista la resolución que declara la ilicitud del traslado, como el domicilio legal de la menor está en DIRECCION001 , este Juzgado, el DIRECCION000 3 es el competente para conocer de la demanda.

El auto de dicho Juzgado entendiendo que no existe domicilio común de las partes y que residen en diferentes partidos judiciales, como la demandada e hija viven en Italia, es aplicable el inciso segundo del art. 769.3, es competente el del domicilio de la demandada o el de la residencia del menor, Italia, por lo que declara su falta de competencia territorial por corresponder a los tribunales italianos.

Contra dicha resolución se alza el demandante por estimar competente donde la menor está empadronada y escolarizada y de donde fue ilegalmente trasladada, DIRECCION000 3, a lo que prestó su conformidad el ministerio fiscal.



SEGUNDO.- La Sala aprecia un error en el planteamiento de la cuestión. No estamos ante un supuesto de determinación de competencia territorial que solo puede plantearse entre tribunales españoles, sino ante un supuesto de determinación de competencia internacional. Una vez determinada la competencia internacional y solo si son competentes los tribunales españoles procede examinar la competencia territorial.

Ya hemos señalado en diferentes resoluciones que el art. 21 de la LOPJ dispone 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. Hay que estar por tanto a las normas de Derecho comunitario y concretamente a lo dispuesto en el art. 8 del Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, atendido el objeto del presente procedimiento -medidas sobre responsabilidad parental -. Dicho precepto determina la competencia del Estado en el que tenga su residencia habitual el menor en el momento de plantearse la demanda. En el presente supuesto la residencia habitual de la menor sigue siendo España, no se ha producido un cambio de residencia habitual sino un traslado a otro Estado de la Unión Europea que ha sido declarado ilícito. Dicha competencia se mantiene en caso de traslado o retención ilícita según el art 10 del Reglamento ya que no concurren ninguna de las circunstancias contempladas en el referido precepto para considerar un cambio de residencia y por tanto de competencia. La menor sigue teniendo su residencia habitual en España como sostiene el Minsiterio Fiscal por lo que los Tribunales Españoles son los competentes para conocer de las medidas relativas a la responsabilidad parental.

Determinada la competencia internacional y en relación a la competencia territorial, como quiera que el lugar de la residencia habitual era DIRECCION001 , donde además la tiene el demandante, la competencia corresponde al Juzgado 3 de DIRECCION000 .

SEGUNDO.- No procede hacer especial mención sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Declarar la competencia de los Tribunales Españoles para conocer de la demanda siendo competente el Juzgado de Primera Instancia 3 de DIRECCION000 , por lo que se estima el recurso de apelación contra el Auto de 28-6-2018.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Lo acordamos y firmamos.

Las Magistradas :