



Roj: **AAP B 623/2018** - ECLI: **ES:APB:2018:623A**

Id Cendoj: **08019370182018200091**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **13/03/2018**

Nº de Recurso: **1396/2017**

Nº de Resolución: **130/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MYRIAM SAMBOLA CABRER**

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.: 0801942120170016015

Recurso de apelación 1396/2017 -E

Materia: Incidente

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Divorcio contencioso 135/2017

Parte recurrente/Solicitante: Cesar

Procurador/a: Juan Ferrer Massanas

Abogado/a: Carme Adell Artiga

Parte recurrida: Esther

Procurador/a: Jaume Guillem Rodriguez

Abogado/a:

AUTO Nº 130/2018

Magistrados:

Sr. D. Francisco Javier Pereda Gámez

Sra. D^a Margarita B. Noblejas Negrillo

Sra. D^a Myriam Sambola Cabrer (Ponente)

Barcelona, 13 de marzo de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero . En fecha 23 de noviembre de 2017 se han recibido los autos de Divorcio contencioso 135/2017 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Barcelona (Familia) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Juan Ferrer Massanas, en nombre y representación de D. Cesar contra el auto de 15 de junio de 2017 y en el que consta como parte apelada el Procurador D. Jaume Guillem Rodríguez, en nombre y representación de D^a Esther .



Segundo . El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: **DISPONGO** Que estimando la declinatoria formulada por el Procurador D. Jaume Guillem Rodríguez, en nombre y representación de D^a. Esther , debo declarar la falta de competencia de este Juzgado para conocer de la demanda de divorcio presentada por Procurador D. Joan Ferrer Massanas, en nombre y representación de D. Cesar .

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 día 06/03/2018.

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

Se designó ponente a la Magistrada D^a Myriam Sambola Cabrer.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye objeto de este recurso de apelación la estimación de la cuestión incidental (declinatoria) con declaración de falta de competencia para el conocimiento de la demanda de divorcio presentada por el esposo Sr. Cesar . La parte apelante discrepa de este pronunciamiento y también de los fundamentos jurídicos segundo y tercero que le sirven de base.

El apelante denuncia infracción de las normas procesales y falta de motivación de la resolución que se apela. Sostiene, en esencia, que debe validarse la competencia libremente escogida por el actor Sr. Cesar en base a la normativa internacional de aplicación directa por los tribunales españoles, el Reglamento CE 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre (Bruselas II Bis), específicamente el artículo 3 en su recta interpretación (criterios/fueros alternativos y no subsidiarios o jerárquicos).

La parte adversa se ha opuesto e interesa la confirmación del auto apelado.

SEGUNDO.- Este tribunal ha señalado para la misma fecha la deliberación y fallo del rollo de apelación número 1391/2017. En este procedimiento incoado para la adopción de medidas provisionales previas en virtud de demanda deducida el 23 de enero de 2017, se ha planteado la misma cuestión de competencia internacional y hemos razonado y resuelto que: "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.

No estamos ante un problema de Ley aplicable, lo que comporta prescindir del análisis del citado Reglamento (UE) n^o 1259/2010, sino ante un problema de jurisdicción (competencia internacional), lo que nos centra en el estudio del Reglamento n^o 2201/2003.

Es preciso estudiar si los Tribunales españoles son o no competentes para la demanda de divorcio que subsigue a las medidas provisionales previas, pues, aunque la demanda principal no consta aún presentada, será la consecuencia natural e inmediata de esta pieza, de modo que, si no se presenta la demanda en treinta días, sus efectos no subsistirán (art. 771.5 LEC).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (cfr. STJUE 16 de julio de 2009, Hadadi, asunto C 168/08, STJUE 13 de octubre de 2016, Mikolajczyk, asunto C 294/15 y STJUE 29 de noviembre de 2007, Sundelind López, asunto C 68/07) ha declarado, en primer lugar, que el artículo 3 del Reglamento n^o 2201/2003 prevé varios criterios para determinar la competencia, entre los cuales no establece ninguna jerarquía; todos los criterios objetivos enunciados en el citado artículo son alternativos en materia de disolución del vínculo matrimonial, no pretende excluir las competencias múltiples. Al contrario, se ha previsto expresamente la coexistencia de varios tribunales competentes, sin que entre ellos se haya establecido una jerarquía y de lo anterior resulta que las normas de competencia establecidas en el artículo 3, incluidas las enunciadas en el apartado 1, letra a), guiones quinto y sexto, de dicho artículo, tienen como objetivo preservar los intereses de los cónyuges.

Ha sostenido que aun cuando el apartado 1, letra a), guiones primero a cuarto, se refiere expresamente a los criterios de residencia habitual de los cónyuges y de residencia habitual del demandado, tanto el apartado 1, letra a), quinto guión, como el apartado 1, letra a), sexto guión permiten la aplicación de la norma de competencia del *forum actoris* .

Ha añadido que tal interpretación responde también a la finalidad perseguida por este Reglamento, que ha establecido normas de conflicto flexibles para tener en cuenta la movilidad de las personas y para proteger igualmente los derechos del cónyuge que haya abandonado el país de la residencia habitual común, pero garantizando que exista un vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia.



Dice el art. 3.1 a) guión sexto que "la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro... a) en cuyo territorio se encuentre... la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión.

El actor es español, con la demanda se acompaña alta en el Padrón de Habitantes en el que consta el alta residencial en la CALLE000 , NUM000 , NUM001 , NUM002 de esta ciudad de fecha 20 de julio de 2016 y la demanda se presenta el 26 de enero de 2017 (más de seis meses después), por lo que se cumplen los criterios para establecer la competencia de los tribunales españoles.

Además, ambos litigantes son de **nacionalidad** española y el art. 3.1 b del Reglamento nº 2201/2003 establece que "[e]n los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro... b) de la **nacionalidad** de ambos cónyuges." Por tanto, también por este segundo criterio es competente el órgano jurisdiccional español. (...) Es aplicable el art. 22 sexies inciso segundo de la LOPJ , que dice que los Tribunales españoles serán competentes para adoptar estas medidas si lo son para conocer del asunto principal".

Además y como colofón el artículo 22 quater de la LOPJ determina que serán competentes los tribunales españoles en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial separación y divorcio y sus modificación cuando ambos cónyuges tengan la **nacionalidad** española"

En el mismo sentido se ha pronunciado la SAP Sección 12 en auto de 20 de diciembre de 2010 y sentencia de 18 de diciembre de 2013 .

En otro orden de cosas también resultan competentes los tribunales españoles por lo que respecta a las obligaciones alimenticias/compensatorias que se dilucidan en este procedimiento a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento CE 4/2009 del Consejo.

Atendido todo lo expuesto y la interpretación del artículo 3 del Reglamento de Bruselas II Bis procede afirmar la competencia de los tribunales españoles para el conocimiento de la demanda de divorcio formulada por el Sr. Cesar en fecha 17 de febrero de 2017.

El auto recurrido únicamente se ha pronunciado sobre la declinatoria planteada. Igual que ocurría en el procedimiento de referencia; se han realizado también aquí alegaciones sobre supuesta falta de competencia territorial que, por nuevas, no pueden ser consideradas (*pendente apelatione nihil innovetur*), ya que de ellas no ha podido defenderse la parte apelante. La esposa planteó una falta de competencia internacional y no una declinatoria por falta de competencia territorial y no puede ahora alterar el objeto del debate.

Ello no obstante, el art. 769.4 LEC obliga al Tribunal al examen de oficio de la propia competencia, pero de una parte tampoco queda claro que el último domicilio de los cónyuges en nuestro país, en 1997, estuviera en la ciudad de Madrid, por lo que no apreciamos, a priori, un fuero legal obligatorio de competencia territorial ni se constata mayor arraigo de las partes en esa población. Y de otra parte es un hecho no controvertido que el último domicilio familiar lo fue en Francia y asimismo está acreditado que el actor reside en Barcelona, aunque de forma provisional, desde julio de 2016 por lo que entendemos que debe atenderse al criterio de cierre del artículo 769.1 LEC como indica el recurrente en su escrito de apelación.

TERCERO.- Las costas del recurso deben imponerse al recurrente, de conformidad con los arts. 398.1 y 394 de la LEC .

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Estimar el recurso de apelación deducido por la representación de D. Cesar contra el auto de fecha 15 de junio de 2017 , afirmamos la competencia de los Tribunales Españoles para el conocimiento de la demanda de divorcio deducida por D. Cesar contra D. Esther a la que deberá darse el curso previsto en la ley procesal, sin imposición de costas del recurso.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno. Al haberse estimado el recurso hágase devolución del 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.

Así lo pronunciamos y firmamos.