



Roj: **SAP B 5395/2018 - ECLI: ES:APB:2018:5395**

Id Cendoj: **08019370182018100358**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **31/05/2018**

Nº de Recurso: **1165/2017**

Nº de Resolución: **400/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARGARITA BLASA NOBLEJAS NEGRILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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.: 0801942120168126226

Recurso de apelación 1165/2017 -F

Materia: Proceso especial contencioso divorcio

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Divorcio contencioso 487/2016

Parte recurrente/Solicitante: Calixto

Procurador/a: Juan Alvaro Ferrer Pons

Abogado/a: ARMANDO JORGE GALÁN PASTOR

Parte recurrida: Zaida

Procurador/a:

Abogado/a:

SENTENCIA N° 400/2018

Magistradas:

Margarita B. Noblejas Negrillo (Ponente)

Ana M^a García Esquiús

Dolors Viñas Maestre

Barcelona, 31 de mayo de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero . En fecha 21 de noviembre de 2017 se han recibido los autos de Divorcio contencioso 487/2016 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Barcelona (Familia) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Juan Alvaro Ferrer Pons, en nombre y representación de Calixto contra la Sentencia -de 02/05/2017 y en el que consta como parte apelada Zaida , con la intervención del Ministerio Fiscal.



Segundo . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda de divorcio entre D. Calixto contra D^a Zaida , debo: 1. Declarar la disolución del matrimonio celebrado entre D. Calixto y D^a Zaida con todos los efectos que son inherentes"

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 08/05/2018.

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 .- Se alza el apelante contra la resolución impugnada en cuanto sólo acuerda el divorcio de las partes y no resuelve sobre el resto de las medidas solicitadas en su demanda, a saber: guarda y custodia de los dos hijos menores, que hoy cuentan con once y siete años de edad, a la madre. Como quiera que tiene conocimiento de que los tres se encuentran en India , aunque en paradero desconocido, pide que se fije como régimen de visitas que los meses de junio y julio y Navidad, los hijos estén con él. Que se establezca que la madre tenga la obligación de " trasladar y recoger a los niños en el domicilio paterno, o, en caso de estar y residir en otra ciudad del estado español o del extranjero, a transportar y recoger a los menores a la estación, aeropuerto o lugar análogo desde donde el padre haya adquirido los billetes para su traslado hasta el lugar de residencia del padre (Barcelona)". Ofrece una pensión de alimentos de 125 € para cada hijo incluidos libros y matrículas escolares. Los gastos de transporte desde su residencia a la del padre en cumplimiento de las visitas y los extraordinarios, por mitad. Finalmente el uso de la vivienda familiar de Barcelona se atribuiría a la madre, siendo que ésta e hijos están empadronados en la misma desde el 28-9- 2015.

SEGUNDO .- Sentadas así las bases del recurso, vemos que efectivamente la sentencia nada acuerda sobre las medidas relativas a los hijos, ya que el padre dijo que vivían en La India y el tribunal desconoce las condiciones en las que se encuentran, por lo que no se pronuncia "sin perjuicio de lo que el padre pueda solicitar ante los tribunales competentes. Entiende que es aplicable el Reglamento 2201/2003, arts. 8 y 9, y en cuanto a la pensión de alimentos, que el Reglamento del Consejo 4/2009 , no otorga competencia a ese juzgado y por esa razón tampoco resuelve sobre la misma.

TERCERO.- El apelante funda la competencia de los Tribunales españoles para conocer sobre las medidas de responsabilidad parental en el interés del menor alegando que no resulta aplicable el Reglamento 2201/2003 aún cuando después alega el art. 12,4 del citado Reglamento.

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.

Para determinar la competencia de los Tribunales para conocer de las medidas relativas a la responsabilidad parental debemos acudir a las normas de competencia del Reglamento 2201/2003. En la demanda se alega que la madre y los hijos residen en la India aunque desconoce el domicilio y no prueba que tengan allí su residencia. No podemos considerar aplicable para determinar la competencia el Convenio de la Haya de 1996.

El demandante es español y reside en España. Los Tribunales Españoles no son competentes según el art. 8 del Reglamento ya que los menores no tienen su residencia habitual en España. Tampoco lo son en base al art. 12 por cuanto la demandada ha sido emplazada por edictos y no hay aceptación de la competencia. De la aplicación de dichos preceptos no se deriva la competencia de ningún otro Estado de la Unión Europea lo que conduce a aplicar la cláusula residual del art. 14 del Reglamento que se remite para determinar la competencia a las normas internas de cada Estado. Debemos acudir por tanto al art. 22 quáter de la Ley Orgánica del Poder Judicial según redacción dada por Ley Orgánica 7/2015 de 21 de Julio. Dicho precepto dispone que "los Tribunales españoles serán competentes: d) En materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda". Aun cuando el inciso final del precepto es incomprensible y carece de sentido, en el supuesto contemplado el demandante cumple con el primer criterio de conexión -es nacional español- y también con el segundo -reside habitualmente en España-, determinando con ello la competencia de los Tribunales Españoles.



Por otro lado, para determinar la competencia de los Tribunales para conocer de la pensión de alimentos debemos acudir a las normas de competencia del Reglamento 4/2009 y del artículo 3 c) del Reglamento se deriva la competencia para conocer de los alimentos al ser los Tribunales españoles competentes para conocer sobre la acción de divorcio y no basarse dicha competencia de forma exclusiva en la **nacionalidad** de una de las partes.

Si ello es así, por lo que se refiere al primer tema, las medidas relativas a la responsabilidad parental, habremos acceder a lo peticionado por el recurrente y acordar que la guarda y custodia la ejerza la madre que supuestamente se halla en la India (constan al folio 108 las diligencias negativas de emplazamiento, en el 115 que a la Policía sólo le consta el último domicilio en DIRECCION000 a 14-3-2011 y a 25-11-2016 en el domicilio de la CALLE000 de Barcelona, la vivienda conyugal, por lo que hubo se emplazarla por edictos , fol.122), así como también en lo relativo a la pensión de alimentos que de motu propio el padre ofrece pagar y a falta de cualquier dato que nos indique los ingresos que pueda percibir.

No podemos decir lo mismo respecto de las visitas, entregas y recogidas y gastos de desplazamiento al desconocerse, no sólo las condiciones en las que se encuentra la madre y los propios hijos, sino su mismo paradero que haría la sentencia de imposible cumplimiento, con lo cual debemos estimar parcialmente el presente recurso.

CUARTO .- Dada la resolución que se adopta no procede hacer especial mención sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Calixto contra la sentencia de fecha 2-5-2016 dictada por el Ilmo. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia 16 de Barcelona, debemos revocar la expresada resolución en el sentido de que se otorga la guarda y custodia a la madre y se establece una pensión de alimentos a cargo del apelante de 250 € para los dos hijos, ello sin que proceda hacer especial mención sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16ª LEC) ante el Tribunal Supremo (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Lo acordamos y firmamos.

Las Magistradas :