



Roj: **AAP GI 183/2019** - ECLI: **ES:APGI:2019:183A**

Id Cendoj: **17079370022019200067**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **2**

Fecha: **28/03/2019**

Nº de Recurso: **179/2019**

Nº de Resolución: **57/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA ISABEL SOLER NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Auto**

**Sección nº 02 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.02)**

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1, pl. 5a - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:aps2.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120178126661

**Recurso de apelación 179/2019 -2**

Materia: Apelación civil

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Girona (ant.CI-7)**

**Procedimiento de origen: Divorcio contencioso 1713/2017**

Parte recurrente/Solicitante: Daniel

Procurador/a: Pia Geli Bosch

Abogado/a: Carina Mallol Gussinyer

Parte recurrida: MINISTERI FISCAL, Evangelina

Procurador/a: M<sup>a</sup> Elisa Martinez Pujolar

Abogado/a: Maria Angeles Lozano Perez

**AUTO Nº 57/2019**

Ilmos. Sres:

PRESIDENTE

D. JOAQUIM FERNÁNDEZ FONT

MAGISTRADOS

D<sup>a</sup>. Maria Isabel Soler Navarro

D. JAUME MASFARRÉ COLL

Girona, 28 de marzo de 2019

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** . En fecha 7 de marzo de 2019 se han recibido los autos de Divorcio contencioso 1713/2017 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Girona (ant.CI-7) a fin de resolver el recurso de apelación



interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. PIA GELI BOSCH, en nombre y representación de D. Daniel contra Auto de 30 de noviembre de 2018 y en el que consta como parte apelada la Procuradora D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> ELISA MARTINEZ PUJOLAR, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Evangelina y el MINISTERIO FISCAL

**SEGUNDO** . El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

*"Que DEBO DECLARAR Y DECLARO la falta de competencia internacional de este juzgado para conocer del procedimiento, acordando el archivo del mismo."*

**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 25/03/2019.

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

Se designó ponente a la Magistrada D<sup>a</sup>. Maria Isabel Soler Navarro.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- La actora interpone recurso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia N<sup>o</sup> 6 de Girona que se estimó incompetente por falta de competencia internacional para conocer del procedimiento de Divorcio instado por el actor y acordó el archivo de las actuaciones.

La resolución de instancia aprecia la falta de competencia dado que la demandada interpuso con carácter previo a la demanda de divorcio interpuesta por el actor otra demanda en Perú y dado que la madre reside en Perú con el menor difícilmente se pueden adoptar medidas paterno filiales en relación al menor.

Se recurre en apelación por la parte instante de la demanda alegando que la competencia en esta materia está contemplada en el art 769.1 de la LEC , siendo de **aplicación** la residencia del menor y la residencia del mismo ha sido en España, que fue la madre que se trasladó con el menor a Perú en contra de su voluntad .

Se alega que no es de aplicación al supuesto presente la Ley 29/2015 de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil, que no es de aplicación ya que no hay identidad de procedimientos, solicitando que se declare la competencia territorial del Juzgado para conocer de la presente demanda, continuando el procedimiento.

Por el Ministerio Fiscal se opone al recurso, se reitera que en el caso presente es de aplicación la Ley 29/2015 de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil, y que existe un supuesto de litispendencia internacional por la existencia de un proceso con idéntico objeto y causa de pedir.

**SEGUNDO**. - Ante todo señalar, que estima la Sala que en primer lugar deberemos determinar cual es el órgano competente al haberse declarado incompetente el Juzgado de Primera Instancia.

En el supuesto presente los litigantes son peruanos se casaron en Perú, en el año 2011 pasaron a residir en España en Girona, desde el año 2017 la madre y el menor residen en Perú y el esposo continua residiendo en Girona. El hecho acreditado es que esta es la residencia efectiva del menor y la madre desde el año 2017 y sea esta la residencia del menor con o sin consentimiento del recurrente esta es la realidad al momento de interponerse la demanda por el actor, la residencia del menor esta en Perú.

La competencia judicial internacional de los jueces y tribunales españoles en materia de separación, nulidad y divorcio se determina conforme a las disposiciones del Reglamento 2201/2003 y corresponde a los Tribunales Españoles por ser España (Girona) la residencia habitual del esposo.

Efectivamente 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.

El *art. 22* quáter de la LOPJ se establece el fuero internacional de la siguiente manera: en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o



cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan **nacionalidad** española.

Es decir para el conocimiento de la demanda de divorcio si son competentes los tribunales españoles ya que el actor reside en España.

Como se recoge en el auto de la APB, de fecha 24/10/2018: la determinación de la competencia internacional:

"La jurisdicción española viene limitada internacionalmente por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte ( art. 36 LEC ) y debe ser controlada de oficio en cualquier fase del procedimiento ( art. 38 LEC ) . Las reglas para determinar la competencia judicial, se deben aplicar independientemente de la actividad de las partes (formulen o no declinatoria) y aunque Andorra no sea miembro de la Unión Europea (no es el criterio de pertenencia, sino la concurrencia o no de los fueros establecidos en la norma comunitaria lo que determina la competencia).

La resolución recurrida no tiene en cuenta el art. 21 LOPJ, que establece que "[l]os 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 la parte recurrente yerra al invocar los arts. 22 y 22 quáter LOPJ, pues es de aplicación preferente el Derecho de la Unión Europea, aunque se trate de nacionales de un Estado no miembro.

En concreto, es aplicable el art. 3 del Reglamento (CE) n. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, cuyo art. 3 establece como Competencia general:

1. En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

a) en cuyo territorio se encuentre:

- la residencia habitual de los cónyuges, o
- el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o
- la residencia habitual del demandado, o
- en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o
- la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o
- 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 o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su "domicile";

b) de la **nacionalidad** de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del "domicile" común.

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 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.

Esta regla de competencia también es aplicable cuando ambos litigantes son extranjeros, si uno de ellos vive en España (SAP, Civil sección 18 del 20 de noviembre de 2017 (ROJ: SAP B 13088/2017 - ECLI:ES:APB:2017:13088) AAP, Civil sección 18 del 20 de octubre de 2017 (ROJ: AAP B 7521/2017 - ECLI:ES:APB:2017:7521A), es intrascendente la **nacionalidad** de los cónyuges ( SAP Barcelona, a 31 de marzo



de 2017 - ROJ: SAP B 10694/2017 , SAP Barcelona, a 23 de julio de 2015 - ROJ: SAP B 8046/2015 y AAP, Civil sección 18 del 07 de marzo de 2018 (ROJ: AAP B 605/2018 - ECLI:ES:APB:2018:605A)."

En consecuencia el Juzgado de Primera instancia de Girona si es competente para conocer de la demanda de divorcio. Por tanto, con respecto a la acción de divorcio, referida a la disolución del vínculo matrimonial, no puede acogerse la excepción de litispendencia internacional, máxime cuando la esposa no ha interpuesto en Peru una demanda de divorcio y si solo de medidas en relación al menor.

Solución distinta se produce con respecto a lo concerniente a la responsabilidad parental, es decir, en lo atinente a la guarda y custodia y régimen de visitas del hijo menor de edad de edad (art. 1.7 de Reglamento). En este ámbito el art. 8.1 establece también como foro de competencia el de la residencia habitual, pero no de los progenitores si no de los menores. Así lo indica el Considerando 12 del Reglamento, que dice al respecto: "Las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental.

Al respecto y como se recoge en el art 769 de la L.EC . invocado por la parte recurrente lo que establece es una norma de competencia territorial y dispone: El *artículo 769 de la LEC* en su apartado primero indica que "salvo que expresamente se disponga otra cosa, será tribunal competente para conocer de los procedimientos a que se refiere este capítulo el juzgado de primera instancia del lugar del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado". En su apartado 3º el precepto es del tenor literal siguiente: "En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor".

Con respecto a la pretensión de alimentos a favor de los hijos comunes menores de edad, rige lo establecido en el **Reglamento (CE) nº 4/ 2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos** , es de aplicación entre todos los Estados miembros y Reglamento de Ejecución (UE) 2015/228 de la Comisión, de 17 de febrero de 2015, por el que se sustituyen los anexos I a VII del Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

. Este Reglamento se aplica a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad. Y ello porque dicha materia no está incluida en el Reglamento (CE) nº 2201/ 2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003.

Recapitulando todo lo anterior con respecto a la acción de divorcio, referida a la disolución del vínculo matrimonial no puede acogerse la excepción de litispendencia internacional, ya que la jurisdicción española es competente para resolver las pretensiones relativas a la extinción del régimen económico matrimonial y a la revocación de consentimientos y poderes otorgados constante matrimonio entre conyugues tal como se recoge en el Art22, quater c) de la L.OPJ antes referido.

Respecto a la responsabilidad parental, es decir en relación a la guarda y custodia y régimen de vistas del hijo menor. En este supuesto el Art 8.1 del Reglamento establece como foro de competencia el de la residencia habitual pero no de los progenitores sino del menor, en consecuencia la competencia corresponderá a los Juzgados de Perú. Y con respecto a los alimentos a favor del hijo menor rige como hemos señalado lo establecido en el **Reglamento (CE) nº 4/ 2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008** relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental en cuyo Art **arts. 3 y ss . Dispone:**

**1. Demandas de alimentos a título PRINCIPAL :** alternativamente, juez de la residencia habitual del demandado o del acreedor.

Y además en el supuesto presente respecto a la demanda de alimentos ya ha sido interpuesta previamente demanda en Perú por la madre del menor en consecuencia respecto a la misma si que sería de aplicación la Ley 29/2015 de 30 de julio de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil , en concreto su Art 39 , y en consecuencia lo que procedería también es el archivo de las actuaciones .



Y en consecuencia respecto a dichas medidas si es correcto acordar el archivo de las actuaciones, por falta de jurisdicción .

**TERCERO.- Al estimarse parcialmente el recurso de apelación** no procede efectuar pronunciamiento con respecto a las costas de segunda instancia de conformidad con lo dispuesto en el Art 398 de la L.EC .

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación

#### PARTE DISPOSITIVA

**QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE** , el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Daniel , contra el auto de fecha 30 de noviembre de 2017, dictado por el Juzgado de primera instancia nº 6 de Girona , en el procedimiento de divorcio 1713/2017, del que dimana el presente Rollo de apelación, revocamos parcialmente, dicha resolución debiendo continuar la tramitación del presente procedimiento por corresponder la jurisdicción internacional a los Tribunales españoles con respecto a la acción de disolución del vínculo matrimonial por divorcio, y en su caso a la extinción del régimen económico matrimonial y a la revocación de autorizaciones y poderes conferidos entre los cónyuges. Confirmamos la falta de competencia jurisdiccional internacional de los Juzgados de España para conocer sobre las acciones relativas a la responsabilidad parental, guarda y custodia, régimen de vistas, y alimentos del hijo menor de los litigantes, correspondiendo la misma a los Juzgados de Perú. No procede efectuar condena con respecto a las costas de segunda instancia.

Devuélvanse al Juzgado de procedencia las actuaciones, con certificación de esta resolución a los oportunos efectos.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Notifíquese esta resolución a las partes y, remítanse las actuaciones originales al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción del que proceden.

Así por este nuestro auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.