



Roj: **AAP B 748/2015 - ECLI: ES:APB:2015:748A**

Id Cendoj: **08019370182015200009**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **20/05/2015**

Nº de Recurso: **206/2014**

Nº de Resolución: **161/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER PEREDA GAMEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

### **AUTO N. 161/15**

Barcelona, veinte de mayo de dos mil quince

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava

Magistrados:

Francisco Javier Pereda Gámez (Ponente)

Margarita Noblejas Negrillo

María José Pérez Tormo

María Dolors Viñas Maestre

Myriam Sambola Cabrer

**Rollo n.: 206/2014**

Medidas derivadas de divorcio n.: 952/2012

Procedencia: Juzgado de Primera Instancia n. 14 de Barcelona

Objeto del recurso: competencia y litispendencia internacional: arts. 3, 8 y 19 del Reglamento CE nº 2201/2003

Motivo del recurso: error en la valoración de la prueba

Apelante: Baltasar

Abogado: S. Blázquez Roselló

Procurador: S. Manzanares Corominas

Apelado: Tomasa

Abogado: B. Michalowski

Procurador: J. A. Ferrer Pons

Y el Ministerio Fiscal

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **1. RESUMEN DEL PLEITO DE PRIMERA INSTANCIA**

El día 15 de noviembre de 2012 Don. Baltasar presentó demanda de divorcio en la que solicita que se dicte resolución por la que se le otorgue la guarda y custodia de su hija, con visitas para la madre los sábados alternos, en presencia de tercero, prohibición de salidas de España y fijación de alimentos a criterio del Juzgado. Relata que, casados los litigantes en Pakistán el año 2008 y nacida una hija en Londres, Aurelia, en 2011, la familia vivía en Barcelona y que la madre marchó y se encontraba con la niña en paradero desconocido.



La Sra. Tomasa contesta y opone la excepción de litispendencia internacional, al haber interpuesto ella un mes antes demanda de divorcio en Polonia. Invoca el art. 19 del Reglamento CE nº 2201/2003. De forma subsidiaria contesta a la demanda y dice que siempre ha cuidado de la hija. Pide el divorcio, la guarda a su favor (con domicilio en Polonia), visitas restringidas para el padre y 400 euros de alimentos para la menor.

El actor se opone a la litispendencia internacional y sostiene que el pleito más antiguo fue presentado en Barcelona (toma en consideración la petición de medidas provisionales previas).

El Ministerio Fiscal entiende que la competencia es de los Tribunales españoles por haber estado en esta ciudad la última residencia de los cónyuges.

El Auto recurrido, de fecha 28 de noviembre de 2013, con cita del art. 22 LOPJ y confusa interpretación del Reglamento 2201/2003, estima la excepción de litispendencia en favor de los órganos jurisdiccionales de Polonia y sobresee el procedimiento.

## 2. CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO DE APELACIÓN

El recurrente Don. Baltasar argumenta que la residencia habitual se encontraba en Barcelona al tiempo de interposición de la demanda.

El Ministerio Fiscal también impugna la resolución definitiva de instancia y sostiene que la competencia es de los tribunales españoles.

La parte apelada se opone y defiende la resolución. Sostiene que en vez de mantener la petición de medidas previas, el actor optó por presenta la demanda de divorcio, que fue posterior a su propia demanda presentada en Polonia.

## 3. TRÁMITES EN LA SALA

El asunto se ha registrado en la Sección el día 27 de marzo de 2014. Se ha señalado para votación y fallo el 21 de abril de 2015. Esta resolución no se ha dictado en el término previsto en el artículo 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debido a causas estructurales, lo que se hace constar a los efectos del artículo 211.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### 1. LA REGULACIÓN EN EL REGLAMENTO CE Nº 2201/2003

El art. 3. 1 a del Reglamento CE nº 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 establece que, a falta de nacionalidad común de los cónyuges y en lo que aquí es aplicable, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro 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 el lugar en que se encuentre la residencia del demandado, o la residencia del demandante en que 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 art. 8 fija la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro respecto a un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional.

El art. 12 establece la prórroga de la competencia del órgano judicial competente para el divorcio, para las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda solo cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental y los titulares de la responsabilidad parental hayan aceptado expresamente la competencia en el momento de someter el asunto al tribunal.

El art. 19.1 establece que "[c]uando se presentaren demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera." El mismo criterio establece en su apartado 2 respecto a las demandas relativas a responsabilidad parental.

El art. 15.1 establece que "[e]xcepcionalmente, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto podrán, si consideran que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor: a) suspender el conocimiento del asunto o b) solicitar al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro que ejerza su



competencia con arreglo al apartado 5" y su apartado 5 establece que "[l]os órganos jurisdiccionales de este otro Estado miembro podrán declararse competentes en el plazo de seis semanas a partir de la fecha en que se les haya presentado la demanda en virtud de las letras a) o b) del apartado 1 si, por las circunstancias específicas del asunto, ello responde al interés superior del menor. En este caso, el órgano jurisdiccional ante el que se presentó inicialmente la demanda deberá inhibirse. De lo contrario, será competente el órgano jurisdiccional en el que primero se presentó la demanda, de conformidad con los artículos 8 a 14."

## 2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

2.1 La STJUE de 9 de noviembre de 2010, Asunto C-296/10 establece para un supuesto de responsabilidad parental (la regla es la misma para el divorcio y sus efectos) que "El artículo 19, apartado 2 [del Reglamento CE nº 1201/2003]... no es aplicable cuando a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se ha presentado en primer lugar una demanda para que se adopten medidas en materia de responsabilidad parental solo se le solicita que resuelva sobre las medidas provisionales, en el sentido del artículo 20 de este Reglamento, y a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente para conocer del fondo del asunto, en el sentido de dicho Reglamento, se le presenta en segundo lugar una demanda que tiene por objeto que se adopten las mismas medidas, sea con carácter provisional o sea con carácter definitivo".

Es decir, las medidas provisionales no generan litispendencia. Aunque este no es el supuesto que analizamos, porque el Tribunal polaco no ha entendido de medidas provisionales, sino el español, que ha sido el segundo tribunal instado. En todo caso, la presentación de medidas provisionales previas no determina la competencia, ni sitúa temporalmente primero al juez español.

En efecto, conforme a esta sentencia, los conceptos que utiliza el artículo 19, apartado 2, para determinar una situación de litispendencia deben considerarse autónomos y no puede existir litispendencia entre una demanda que tiene por objeto la adopción de medidas provisionales, en el sentido del artículo 20 de dicho Reglamento, y una demanda sobre el fondo del asunto. El Tribunal aclara en otro apartado que, según las circunstancias, y si se cumplen los requisitos del artículo 20 de este Reglamento, el segundo órgano jurisdiccional podrá adoptar las medidas provisionales necesarias en interés del menor. Esto es lo que hizo el juez español al dictar el Auto de medidas provisionales coetáneas.

2.2 Prosigue diciendo tal sentencia que "El hecho de que se incoe ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro un procedimiento de medidas provisionales o de que se adopte una resolución en el marco de un procedimiento de este tipo y que no se desprenda de ningún elemento de la demanda planteada, o de la resolución adoptada, que el órgano jurisdiccional ante el que se ha incoado el procedimiento de medidas provisionales es competente, en el sentido del Reglamento nº 2201/2003, no excluye necesariamente que exista, según lo permita eventualmente el Derecho nacional de ese Estado miembro, una demanda sobre el fondo vinculada a la demanda de medidas provisionales y que contenga datos que demuestren que el órgano jurisdiccional ante el que se ha planteado el asunto es competente, en el sentido de este Reglamento".

Añade la mencionada sentencia del Tribunal europeo que "[s]i del objeto de la demanda formulada ante el primer juez [en nuestro caso, el polaco] y de los hechos que describe se desprende de forma manifiesta que la demanda no contiene ningún elemento que permita justificar la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto dicha demanda para conocer del fondo del asunto, en el sentido del Reglamento nº 2201/2003, el segundo órgano jurisdiccional podrá estimar que no existe litispendencia [lo que afectaría en nuestro caso al Tribunal español].

La demanda de la esposa fue redactada con fecha de 15 de octubre de 2012 (f.129 y 135), pero el sello con inscripción de la oficina de entregas y notificaciones del Juzgado polaco, según la traducción jurada (f.125), es de 19 de octubre de 2012, fecha que hay que tener por cierta para establecer la litispendencia, como consta también en el requerimiento de información del juez polaco (f.163). La demanda española se presentó el 15 de noviembre de 2012.

En nuestro caso se desprenden elementos de que el juzgado español ante el que se ha incoado el procedimiento de divorcio con medidas provisionales coetáneas es competente, conforme a las reglas del art. 3, pues estaba en Barcelona la última residencia de los cónyuges, cuando la esposa presenta demanda en Lublin no llevaba residiendo seis meses en esa ciudad y la menor residía en Barcelona en el momento en que se presentó el asunto, aunque había sido trasladada (al parecer, ilícitamente) por su madre a Polonia. Si aplicamos el criterio de la residencia del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda, también sería competente el Juzgado de Barcelona.

La defensa de la Sra. Tomasa acepta en la contestación a la demanda que la última residencia habitual de los cónyuges estuvo en Barcelona al menos desde junio a septiembre de 2012, con sentido de permanencia,



por lo que la competencia correspondería a los Juzgados españoles. La esposa acepta en la contestación a la demanda que a finales de marzo de 2012 se desplazó junto con su hija a España para ayudar al actor a tramitar sus papeles (y aprovechar así que ella era ciudadana comunitaria), que el esposo regentaba una tienda en Barcelona, que compartía piso con él en junio de 2012 (f.116) y que tuvo que abandonar el domicilio de Barcelona dejando en él sus enseres (f.117).

2.3 Si seguimos desglosando la sentencia, dice que "Cuando, a pesar de los esfuerzos realizados por el órgano jurisdiccional ante el que se plantea el asunto en segundo lugar para recabar información de la parte que alega la litispendencia, del primer órgano jurisdiccional y de la autoridad central, el segundo juez no disponga de ningún dato que permita determinar el objeto y la causa de una demanda interpuesta ante otro órgano jurisdiccional y que demuestre, en particular, la competencia de este órgano conforme al Reglamento nº 2201/2003, y cuando, debido a circunstancias particulares, el interés del menor exija la adopción de una resolución judicial que pueda ser reconocida en otros Estados miembros distintos del Estado miembro del segundo órgano jurisdiccional, le compete a este, después de esperar respuesta, durante un plazo razonable, a las preguntas formuladas, continuar el examen de la demanda que se le haya planteado. La duración de este plazo razonable debe tener en cuenta el interés superior del menor en función de las circunstancias propias del litigio en cuestión."

En este caso tenemos datos que permiten determinar el objeto y la causa de la demanda interpuesta en Polonia, pero no demuestran, en particular, la competencia de ese órgano. El interés del menor no exige nueva resolución española de fondo, porque están vigentes las medidas provisionales.

### 3. LA COMPETENCIA ESPAÑOLA

La primera demanda se presentó en Polonia y correspondía al Tribunal de Lublin establecer qué Juzgado es competente. Sin embargo, mediante solicitud a la red judicial europea, se ha recibido la siguiente respuesta del juez de enlace polaco: "*Ms. Tomasa filed for divorce on 19 October 2012 (case number III C 2754/12). Both of the parties have professional lawyers representing them (for Mr Baltasar for free). On 2 December 2014 at the request of the defendant's attorney progress on this case has been suspended until the end of the divorce case pending in Spain - Barcelona (case number 952/2012). No other steps are taken by the court in Poland at this moment.*" (La Sra. Tomasa instó divorcio el 19 de octubre de 2012 (caso número III C 2752/12). Ambas partes tienen abogados profesionales que les representan (para Don. Baltasar, de oficio). El 2 de diciembre de 2014 a petición del representante del demandado el desarrollo del proceso en este caso fue suspendido hasta la finalización del caso de divorcio pendiente en España -Barcelona (caso número 952/2012. Ningún paso más ha sido tomado por el tribunal en Polonia hasta este momento.)

Por tanto, el juez polaco, llamado a resolver la cuestión de competencia planteada, ha optado por suspender las actuaciones hasta el final de este proceso, cuando debería haber decidido sobre la competencia, al ser el tribunal al que se presentó la primera demanda (art. 19 del Reglamento). Ello implica una admisión inicial de su falta de competencia, aunque no la haya declinado formalmente, como exige el Reglamento. A mayor abundamiento, entendemos que podemos resolver sobre la competencia porque consideramos que no existe litispendencia, al concurrir a favor del Tribunal español los fueros del art. 3 del Reglamento.

En este sentido repetimos que existen indicios vehementes de que la competencia sobre el fondo correspondía inicialmente a los tribunales españoles, en tanto la última residencia de los cónyuges estuvo en Barcelona, aquí estaba la residencia habitual de la menor y en esta ciudad tiene el domicilio el alimentante. La Sala entiende que del contenido de la demanda presentada en Polonia se desprende de forma manifiesta que dicha demanda no contiene ningún elemento que permita justificar la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto para conocer del fondo del asunto, en el sentido del Reglamento nº 2201/2003, por lo que este segundo órgano jurisdiccional puede estimar que no existe litispendencia.

Son aplicables, en cuanto al fondo, el art. 3.1, a) inciso primero y art. 8 del Reglamento CE nº 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 y el art. 3 a y c del Reglamento CE 4/2009, de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos).

### 4. LA REGLA EXCEPCIONAL DEL ART. 15 DEL REGLAMENTO

A pesar de lo expuesto, concurre la circunstancia extraordinaria del art. 15 del Reglamento: el menor vive en Polonia desde el año 2012, donde ha crecido y tiene su entorno actual, todo ello con la aquiescencia del padre, que en medidas provisionales ha aceptado esta situación y el reconocimiento de un régimen de visitas a su favor. Concurren las circunstancias contempladas en los apartados a) b) y d) del art. 15 y la remisión puede



acordarse de oficio en tanto concurre el consentimiento de una de las partes que mantiene la competencia de los Tribunales polacos.

Ante los Tribunales polacos ya consta presentada la demanda por lo que el plazo de seis semanas que establece el art. 15, 5 debe computarse desde la comunicación de la remisión.

No hay duda que el tribunal polaco está en mejor situación para decidir, por lo que la Jurisdicción española ha de declinar su competencia a favor del Tribunal de Lublin.

#### 5. LAS COSTAS

Las costas del recurso no deben imponerse, conforme a los artículos 398.1 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al tratarse de materia de oficio.

#### PARTE DISPOSITIVA

1. Estimamos en parte el recurso de apelación, en el sólo sentido de reconocer la competencia del Tribunal de Lublin al amparo del art. 15 del Reglamento 2201/2003 para entender del pleito, por estar en posición más favorable para valorar la situación del menor. Comuníquese a dicho Tribunal y transcurridas seis semanas y si el Tribunal de Lublin acepta su competencia, se hará saber a las partes que, si a su interés conviene, deberán personarse ante aquel Tribunal a defender sus derechos.

2. No nos pronunciamos sobre las costas del recurso.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno. Remítase testimonio de esta resolución al Tribunal polaco y al Magistrado español de enlace, a sus efectos. Confirmada la resolución recurrida dese el destino legal al depósito constituido (disp. 15ª L.O. 1/2009), en su caso.

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

Así lo pronunciamos y firmamos.