



Roj: **AAP B 605/2018 - ECLI:ES:APB:2018:605A**

Id Cendoj: **08019370182018200076**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **07/03/2018**

Nº de Recurso: **1391/2017**

Nº de Resolución: **115/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER PEREDA GAMEZ**

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

N.I.G.: 0801942120170016015

Recurso de apelación 1391/2017 - B1

Materia: Incidente

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

Procedimiento: Medidas provisionales previas (art. 771 LEC) 63/2017

Parte apelante: Eleuterio

Procurador: Juan Ferrer Massanas

Abogada: Carme Adell Artiga

Parte apelada: Remedios

Procurador: Jaume Guillem Rodriguez

Abogada: Cristina Castella Casas

AUTO N. 115/2018

Barcelona, 7 de marzo de 2018

Magistrados:

Francisco Javier Pereda Gámez (Ponente)

Margarita Noblejas Negrillo

Myriam Sambola Cabrer

Rollo de Apelación n.:1391/2017

Objeto del recurso: inadmisión a trámite de demanda de medidas provisionales

Motivo del recurso: infracción de normas procesales y falta de motivación

ANTECEDENTES DE HECHO

1. RESUMEN DEL PLEITO DE PRIMERA INSTANCIA

El día 26 de enero de 2017 el Sr. Eleuterio presentó demanda de medidas provisionales previas. Relata que los hijos del matrimonio son mayores de edad, que la vivienda familiar está en Francia y que él hace seis meses que vive en Barcelona. Pide que se atribuya a la esposa el uso de la vivienda familiar y se le concedan alimentos de 1.000 euros a la esposa, a su cargo. Admite que viaja constantemente y que no ha retirado sus ropas y efectos personales de la vivienda.

Admitida la demanda a trámite y señalado día para juicio, la demandada propone declinatoria por falta de competencia internacional y dice que el domicilio familiar, que es ahora el suyo, está en Chambourcy y que ella vive en París. Invoca el Reglamento (CE) nº 2201/2003 y el Reglamento (UE) nº 1259/2010.

La parte actora se opone a la declinatoria por prever el art. 20 del Reglamento nº 2201/2003 la posibilidad de medidas en caso de urgencia y ser ambos cónyuges de **nacionalidad** española. Niega cualquier intención fraudulenta.

El Auto recurrido, de fecha 15 de junio de 2017, aplica los criterios del art. 3 del Reglamento nº 2201/2003 y declara su falta de competencia.

2. CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

La parte recurrente sostiene que vive en España, aunque acuda a Francia por razones médicas. Afirma que el Auto no analiza el art. 20 del Reglamento y dice que el art. 3 hace competente al juez español cuando ambos cónyuges son españoles. Añade que en pleito de divorcio el juez también ha desestimado la competencia y que también ha apelado.

La parte apelada se opone. Insiste en que ella vive en París y el esposo no vive en Barcelona (al menos hasta septiembre de 2017) y han vivido juntos. Añade que el último domicilio común en España estuvo en Madrid e invoca supletoriamente el art. 769.1 LEC. Niega cualquier vínculo con Barcelona.

3. TRÁMITES EN LA SALA

El asunto presenta diligencia de reparto de fecha 18 de enero de 2018. No se ha practicado prueba ni se ha celebrado vista. La deliberación y votación de la Sala ha tenido lugar el día 6 de marzo de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. LA COMPETENCIA INTERNACIONAL

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) nº 1259/2010, sino ante un problema de jurisdicción (competencia internacional), lo que nos centra en el estudio del Reglamento nº 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 nº 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.

2. LA INAPLICABILIDAD DEL ART. 20 DEL REGLAMENTO

El art. 20 del Reglamento nº 2201/2003 dice, sobre medidas provisionales y cautelares, que "[e]n caso de urgencia, las disposiciones del presente Reglamento no impedirán que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales o cautelares previstas en su propia legislación en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado miembro, aun cuando, en virtud del presente Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo". Añade en su párrafo 2 que "[l]as medidas tomadas en virtud del apartado 1 dejarán de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente en virtud del presente Reglamento para conocer del fondo del asunto haya adoptado las medidas que considere apropiadas."

Por su ubicación sistemática, en el último artículo del capítulo II de este Reglamento, relativo a la competencia, se desprende que este artículo no puede considerarse una disposición de atribución de la competencia sobre el fondo a los efectos de este Reglamento. Refuerza esta constatación el decimosexto considerando y el tenor literal de dicho artículo, que se limita a señalar que, en caso de urgencia, las disposiciones del Reglamento nº 2201/2003 "no impedirán" que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales o cautelares, de modo que sólo puede abarcar las medidas adoptadas por órganos jurisdiccionales que no fundamentan su competencia. Es decir, cuando el órgano judicial es competente según el propio Reglamento, no puede adoptar las medidas cautelares del art. 20, sin perjuicio de sus normas de Derecho interno; el órgano que aplique este artículo no será nunca el competente conforme a las reglas de los arts. 3 a 11 (STJUE de 23 de diciembre de 2009, **Deticek**, C 403/09 y STJUE de 15 de julio de 2010, **Purrucker**, asunto C 256/09). La regla contenida en este artículo se limita a establecer efectos territoriales en el Estado en el que las medidas se adoptan. El reconocimiento de una situación de urgencia no debe ser contrario al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales dictadas en los Estados miembros instaurado por el Reglamento nº 2201/2003, principio que se basa, como resulta del considerando vigésimo primero de dicho Reglamento, en el principio de confianza mutua entre los Estados miembros. (STJUE de 23 de diciembre de 2009, **Deticek** , asunto C 403/09).

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.

3. LA REGLA DE COMPETENCIA TERRITORIAL

La parte apelada introduce en su recurso 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.

El art. 769.4 LEC obliga al examen de oficio de la propia competencia, pero tampoco queda claro que el último domicilio de los cónyuges en nuestro país estuviera en la ciudad de Madrid, por lo que no apreciamos, a priori, un fuero legal obligatorio de competencia territorial.

4. LA REMISIÓN AL DÍA DE LA COMPARECENCIA

Procede establecer unas salvedades finales.



Un detallado análisis de la solicitud presentada no pone de manifiesto, en principio, que concurra una situación de urgencia, ni que concurra el requisito del *periculum in mora* que exige toda medida cautelar.

Por otra parte, lo que interesa al esposo no son, a priori, medidas a su favor, sino a favor de su esposa, con lo que concurren dudas sobre su legitimación activa. No pide para sí, sino para ella, que se establezca una pensión de alimentos de 1.000 euros al mes (a cargo del Sr. Eleuterio) y el uso de la vivienda familiar para la Sra. Remedios , debiendo asumir ella los gastos (art. 233-23 CCCat).

El único pedimento favorable, en principio, al actor es que pueda retirar sus enseres y objetos personales y privativos en plazo de tres semanas.

No obstante, el art. 771 LEC remite al acto de juicio para la formulación de las pretensiones y habrá que esperar a dicha comparecencia y resolver luego.

5. LAS COSTAS

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

PARTE DISPOSTIVA

1. Estimamos el recurso de apelación y revocamos la resolución apelada.
2. Ordenamos la admisión a trámite de las medidas provisionales previas, sin perjuicio de que el Juzgado analice, para establecerlas o denegarlas, si concurren los requisitos legales.
3. No nos pronunciamos sobre las 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

Los Magistrados :