



Roj: **AAP IB 380/2017 - ECLI: ES:APIB:2017:380A**

Id Cendoj: **07040370042017200167**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **4**

Fecha: **20/12/2017**

Nº de Recurso: **512/2017**

Nº de Resolución: **211/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA PILAR FERNANDEZ ALONSO**

Tipo de Resolución: **Auto**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**PALMA DE MALLORCA**

**AUTO: 00211/2017**

Modelo: N10300

PLAÇA D'ES MERCAT, 12

-

Tfno.: 971/722370 Fax: 971/227222

Equipo/usuario: ERG

**N.I.G.** 07040 42 1 2017 0016345

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000512 /2017**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16 de PALMA DE MALLORCA

**Procedimiento de origen:** DCT DIVORCIO CONTENCIOSO 0000758 /2017

Recurrente:

Procurador:

Abogado:

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Maximino

Procurador: , ALBERT COMPANYY PUIGDELLIVOL

Abogado: , MARIA MARCELINA SOBRI **NO** VALLEZ

**AUTO Nº 211/17**

**ILMOS SRS.**

**PRESIDENTE :**

D. Álvaro Latorre López.

**MAGISTRADOS :**

Dña. María Pilar Fernández Alonso.

Dña. Juana María Gelabert Ferragut.

En Palma de Mallorca, a veinte de Diciembre de dos mil diecisiete.



VISTOS por la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos, **juicio divorcio**, seguidos por el **Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Palma, bajo el nº 758/2017, Rollo de Sala nº 512/2017**, entre partes, de una como **demandante-apelante don Maximino**, representada por el Procurador Sr. Company Puigdellivol y asistida por el Letrado Sra. Sobrino Vallez, frente a Dª Belen. Siendo parte el **Ministerio Fiscal**.

**ES PONENTE** el Ilmo. Sr. Magistrado Dña. María Pilar Fernández Alonso.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Palma, en fecha 29-9-2017, se dictó auto, cuya parte dispositiva dice:

"Admitir únicamente la demanda de divorcio presentada por el Procurador de los Tribunales Don Albert Company Puigdellivol actuando en nombre y representación de Don Maximino frente a Doña Belen a los efectos de disolución del matrimonio por divorcio, careciendo este Juzgado de competencia judicial internacional para conocer de los pedimentos del actor relativos a la responsabilidad parental, alimentos, patria potestad, guarda y custodia y cualquier medida relacionada con las hijas menores de los litigantes, que deberán sustanciarse en los tribunales alemanes, al ser la residencia habitual de las menores."

**SEGUNDO** .- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandante, que fue admitido y, seguido el procedimiento por sus trámites y sin que por ninguna de las partes se interesara la práctica de prueba, se señaló para deliberación, votación y fallo por la Sala el día 19 de diciembre del presente, quedando las actuaciones concluidas para dictar la correspondiente resolución.

**TERCERO** .- En la tramitación de este Recurso se han observado las prescripciones legales.

### RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Se aceptan los razonamientos de la resolución apelada en lo que no se opongan a los que siguen

**PRIMERO** .- Para confirmar la resolución dictada al ajustarse a la legislación vigente y a lo resuelto por esta misma Sala en resolución de 5 julio de 2016.

Los litigantes contrajeron matrimonio en Mallorca donde nacieron sus dos hijas menores de edad. El padre actor reside en DIRECCION000 desde hace más de un año y las dos hijas residen en Alemania con su madre.

La Sala deber resolver el presente recurso, sobre la base de los artículos 8, 12 y concordantes del Reglamento 2201/03, por ser los que determinan el régimen jurídico aplicable.

Así resulta que, es el Juez alemán del lugar de residencia habitual de los menores en Alemania, el Juez natural predeterminado por la Ley para el conocimiento de las medidas correspondientes a la responsabilidad parental sobre el niño, pues así se deriva de la redacción del art. 8, en relación con el 12 del Reglamento (CE) núm. 2201/03, 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, tal y como se explicará y en concordancia con lo ya dicho por esta Sala en fecha 27.10.15 en el auto recaído en el rollo nº 230/15, también relativo a un supuesto de competencia judicial internacional en relación con un tema **transfronterizo** de medidas paterno filiales y su desdoblamiento competencial con el divorcio.

Como decíamos allí:

"En dicho sentido, cabe comenzar recordando que si bien es cierto que la Ley Orgánica del Poder Judicial (LA LEY 1694/1985) determina la extensión y límites de la Jurisdicción española, los Reglamentos comunitarios son obligatorios en todos sus elementos y resultan directamente aplicables en los Estados miembros de la Unión Europea de conformidad con el Tratado Constitutivo de la Comunidad, pasando a constituir Derecho interno de cada uno de los Estados miembros; presentando además, no solo el citado efecto directo, sino la primacía en las materias propias de su competencia. A partir de lo cual, es evidente que el Reglamento referido constituye norma de obligado cumplimiento, por encima de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), al dejar estas a salvo lo que dispongan los tratados o acuerdos internacionales.

Centrado así el marco normativo aplicable, procede subrayar que dicho Reglamento indica, ya en su exposición de motivos, concretamente en el nº 12 (el subrayado siguiente, y el que se realizará en citas posteriores, es siempre de este Tribunal):

"12) 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."

Por lo tanto, el Reglamento establece, por evidentes razones de eficacia en orden a garantizar el adecuado desenvolvimiento del principio "favor filii", el criterio de la proximidad para resolver la cuestiones de responsabilidad parental, sabedor de que el Tribunal natural para la resolución de los conflictos relacionados con menores es el del lugar de su residencia habitual, por varias razones de las que cabe destacar las siguientes: por ser el que mejor puede conocer el contexto personal en que se desarrolla la vida del menor; por ser el que con mayor eficacia y agilidad podrá desarrollar el procedimiento y practicar las pruebas; por ir anudado a dicho principio el efecto disuasorio del traslado ilícito o secuestro internacional del menor al ser, en cualquier caso, el Juez del lugar de su residencia habitual el que mantendrá la competencia pese a dicho traslado ilícito; y, finalmente, por ser el que antes podrá ejecutar las resoluciones judiciales, al ser el que presenta potestad jurisdiccional ejecutoria en el lugar de residencia habitual del menor, sin necesidad de un proceso de control de legalidad o exequátur.

En concordancia con lo expuesto caber reproducir, a nivel doctrinal, un pasaje de la ponencia publicada con el número de Tema 9 dentro del curso "Los Reglamentos de Bruselas I y Bruselas II; El espacio judicial europeo en materia civil y mercantil: Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales", organizado por Escuela Judicial Española con colaboración de la Unión Europea, elaborada por la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Pilar González Vicente, Magistrada experta de la Red Judicial Española y Red Judicial Europea en materia de Derecho de Familia, en la que se afirma, respecto del beneficio del menor como principio inspirador del Reglamento, lo siguiente:

"Hay que poner en relación este principio con la finalidad de la consecución de los fines comunitarios, para poder alcanzar ese espacio de libertad, justicia, y seguridad que justifica la intervención comunitaria, por ello se entiende que el beneficio del menor, desde el punto de vista comunitario se alcanza aplicando el criterio de proximidad con los órganos jurisdiccionales, por existir una especial relación de conexión comunitaria.

Se considera que los órganos mejor situados para resolver las cuestiones relativas a los menores, en cuanto a todo el contenido de la responsabilidad parental son los del Estado miembro en que tiene su residencia habitual, él o sus padres, y por tanto con un vínculo real con el menor, y deben de ser competentes en primer lugar, excepto en los casos de cambio reciente de residencia o de acuerdo entre los titulares, previstos en el propio Reglamento.

Este criterio permite con carácter excepcional y de manera novedosa la remisión del asunto al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que se considere por él competente, y que está mejor situado para conocer del asunto.

Por tanto el Reglamento 2201/03 defiende como posición en esta materia, que la mejor protección del menor debe de ser la que adopte el Tribunal que por proximidad está más cercano al menor, atribuyéndole la competencia para adoptar las medidas en relación con el menor."

Dicho criterio competencial de proximidad se subraya también en la fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 9 de noviembre de 2010, en una cuestión prejudicial del Tribunal de Amtsgericht Stuttgart-Alemania.

84. Procede recordar que el Reglamento nº 2201/2003 tiene como objetivo, en aras del interés superior del menor, permitir al órgano jurisdiccional más próximo a este y que, por tanto, mejor conoce su situación y el estado de su desarrollo, tomar las decisiones necesarias.

De hecho, es este criterio el que determina que el Reglamento regule claramente y por separado la materia relativa a la competencia en los procedimientos de Divorcio, separación y nulidad, por un lado, y en los procedimientos relativos a Responsabilidad parental, por otro. Así, mientras la Competencia general en materia de Responsabilidad parental se regula en la Sección II del Capítulo II, sin embargo, antes, en el Capítulo II, Sección I, se trata de la Competencia en los procedimientos de Divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, estableciendo para estos últimos, en el art. 3, una serie listada de fueros de competencia general que son facultativos o electivos (no habiéndose cuestionado en autos la competencia del Tribunal español para el conocimiento del divorcio). No obstante, como se ha anticipado, la Sección II del Capítulo II del Rto., en la misma línea que el ya citado punto 12º de su Exposición de motivos, establece en el art. 8, en materia de responsabilidad parental, una competencia distinta, fundada en el criterio de proximidad, es decir, del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual, salvo las excepciones que veremos. Dice el art. 8 del Rto. 2201/03:

"Competencia general



1. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menores que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional.

2. El apartado 1 estará sujeto a lo dispuesto en los artículos 9, 10 y 12."

Y, si bien es cierto que el artículo 12, regulador de la "Prórroga de la competencia", establece la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se ejerza la competencia con arreglo al artículo 3 en una demanda de divorcio (es decir, en nuestro caso el Juzgado de Palma, ante el que se interpuso la demanda), pueda tener la competencia en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental que podrían estar vinculadas a dicha demanda; sin embargo, para ello el art. 12 presenta tres exigencias que deben concurrir simultáneamente. Dice el citado art. 12:

"Prórroga de la competencia

1. Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se ejerza la competencia con arreglo al artículo 3 en una demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial tendrán competencia en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda:

a) Cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor, y

b) cuando la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor.

.../..."

Sucediendo que, en el caso de autos, de tales exigencias solo se cumple la primera "a", porque las contenidas en el punto señalado con la letra "b" requerirían, además de la concurrencia del interés superior del menor, una aceptación "expresa" o "inequívoca" por parte de la madre residente en Alemania, de la competencia del Tribunal español. Cosa que no concurre en autos.

**TERCERO** .- Que con respecto a las costas y de acuerdo con lo previsto en el artículo 398 de la L.E.C ., procede imponer las de esta alzada a la parte apelante, al ser la presente resolución confirmatoria de la de primera instancia.

En consecuencia,

#### **LA SALA ACUERDA:**

**DESESTIMAR** el RECURSO DE APELACION interpuesto por el Procurador Sr. Company Puigdellivol, en nombre y representación de don Maximino , contra la resolución de fecha 29-9-2017, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Palma, en los autos Juicio divorcio, de los que trae causa el presente Rollo, y, en consecuencia, DEBEMOS CONFIRMARLA y la CONFIRMAMOS en todos sus extremos.

Se imponen las costas de esta alzada a la parte apelante.

Así por este auto, del que se llevará certificación al Rollo de la Sala, definitivamente Juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.