



Roj: **AAP IB 96/2018 - ECLI:ES:APIB:2018:96A**

Id Cendoj: **07040370042018200049**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **4**

Fecha: **03/05/2018**

Nº de Recurso: **84/2018**

Nº de Resolución: **71/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ALVARO LATORRE LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

PALMA DE MALLORCA

AUTO: 00071/2018

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LES ILLES BALEARS, SECCIÓ IV

Procedimiento de medidas provisionales nº 764/2.017 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Palma de Mallorca.

Rollo de Sala nº 84/2.018.

A U T O nº 71/2.018

Ilmos. Sres.

Presidente:

DON ÁLVARO LATORRE LÓPEZ

Magistrados:

DON MIGUEL ÁLVARO ARTOLA FERNÁNDEZ

DOÑA JUANA MARÍA GELABERT FERRAGUT

En Palma de Mallorca, a 3 de mayo de 2.018.

Visto en grado de apelación por la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial, conformada por los Ilmos. Sres. Magistrados relacionados al margen, el recurso de apelación planteado frente al auto fechado el 21 de diciembre de 2.017, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Palma de Mallorca, en el procedimiento seguido bajo el número de autos y rollo de Sala arriba indicados, actuando las siguientes partes procesales: como demandante-apelante **DON Segismundo**, representado por la Procuradora Doña Juana Rosa González Montiel y asistido por la Letrada Doña Luisa Serra Jover; como demandada-apelada **DOÑA Sofía**, representada por la Procuradora Doña Ruth María Rodríguez Varela y dirigida por la Letrada Doña Silvia Santaularia Bachmann. Es también apelado el Ministerio Fiscal.

Ha recaído en segunda instancia la presente resolución, habiendo sido ponente el Ilmo. Sr. Presidente de la Sala, Don ÁLVARO LATORRE LÓPEZ, que expresa el parecer de la misma.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Palma de Mallorca y en el seno del procedimiento ya identificado, fue dictada el día 21 de diciembre de 2.017 la resolución cuya parte dispositiva literalmente dice:



"DISPONGO: ESTIMAR la declinatoria por falta de Jurisdicción, planteada por D^a Sofía , con Procuradora Sra. Ruth Jiménez Varela, al corresponder este asunto a los tribunales de Alemania, ordenando el sobreseimiento del presente procedimiento, sin expresa imposición de costas".

SEGUNDO.- Contra dicho auto fue interpuesto recurso de apelación por parte de **DON Segismundo** , representado por la Procuradora Doña Juana Rosa González Montiel, al que se opuso **DOÑA Sofía** , representada por la Procuradora Doña Ruth María Rodríguez Varela, mostrando igualmente su oposición al recurso el Ministerio Fiscal.

Corresponde la resolución del recurso a esta Sección Cuarta, habiéndose acordado para deliberación, votación y fallo el día 2 de mayo de 2.018.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso de apelación se han observado las prescripciones legales correspondientes.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se aceptan los que respaldan la resolución apelada en cuanto no se opongan a los que siguen.

SEGUNDO.- Recurre el Sr. Segismundo el auto del Juzgado rechazando su respaldo jurídico en el art. 39.1 de la Ley 29/2.015, de 30 de junio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, en cuanto considera incierto que el Juzgado de Flensburg (Alemania) haya resuelto provisionalmente la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores comunes de los litigantes, pues sólo se determina en esa resolución el domicilio de los niños. No se trata, por tanto, de procedimientos con el mismo objeto.

Niega también el apelante que hubiese prestado su consentimiento para que la madre y los menores se trasladaran a Flensburg, habiendo sido el último domicilio del matrimonio con los niños en Palma de Mallorca, de manera que la solicitud de medidas provisionales previas a la interposición de la demanda las ha presentado el recurrente en el Juzgado competente de acuerdo con el art. 769 de la Lec , haciendo igualmente mención al art. 10 del Reglamento CE 2201/2003, de 27 de noviembre.

La parte contraria se opone al recurso y niega discrepancia entre los objetos perseguidos en los procedimientos de España y Alemania, destacando que en este país es necesario el transcurso de un año desde la separación para solicitar el divorcio, en cuyo ámbito se resuelve sobre la guarda y custodia de los menores. Denuncia coacciones del padre para con sus hijos.

La juzgadora sustenta su pronunciamiento en la resolución adoptada por el Juzgado de Primera Instancia de Flensburg (Alemania), afirmando que dicho Juzgado ha decidido con audiencia de los menores que la guarda y custodia de los mismos sea atribuida a la madre, confirniéndole también la elección del lugar en que deban residir los niños. Añade la juez que éste es un procedimiento de carácter provisional hasta que no se resuelva el principal y que tal decisión principal ya ha sido adoptada por el Juzgado de Flensburg.

TERCERO.- Sintetizadas las posturas que mantienen cada uno de los litigantes y expuesta la base jurídica del auto recurrido, observamos que el Juzgado de Flensburg adoptó su resolución el 27 de julio de 2.017 y en ella no puede pretenderse, como quiere el apelante, que dicho pronunciamiento haya quedado limitado a otorgar a la madre el derecho de decidir sobre el lugar de residencia de los hijos comunes del matrimonio, porque obviamente, este derecho no se entiende si no se le atribuye al mismo tiempo a Doña Sofía , si quiera de manera implícita y provisional, la guarda y custodia de los mismos, afirmación que realizamos atendiendo también a los "considerandos" del citado auto, puesto que en ellos se dice que la vida de los niños está centrada en el lugar en que se encuentra la madre y aunque últimamente ese lugar ha sido la isla de Mallorca, el padre ha visto limitada su relación con los hijos a causa de sus frecuentes viajes de negocios. Indica también la misma resolución que es en la ciudad de Flensburg donde los niños han tenido siempre su ambiente, habiéndose reintegrado al mismo sin ninguna dificultad y tampoco cabe olvidar que la propia resolución alemana determina su objeto, es decir, una orden judicial provisional sobre la patria potestad, en este caso, transferencia del lugar de residencia. Por lo tanto, no nos hallamos fuera del ámbito que comprende el ya citado art. 39.1 de la Ley 29/2.015, de 30 de junio de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.

Ahora bien, consta acreditado en autos que la demanda de medidas provisionálsimas fue presentada en Decanato el 21 de julio de 2.017, pero no se demuestra que la resolución alemana haya sido dictada en un proceso anterior al instado por la apelada y debemos recordar ahora que el art. 39.1 de la Ley 29/2.015, de 30 de junio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil exige la existencia de un proceso pendiente con idéntico objeto y causa de pedir y entre las mismas partes, ente los órganos judiciales de un Estado **extranjero** en el momento en que se interpone la demanda ante un órgano jurisdiccional español. Es significativa en este sentido la afirmación del apelante en su recurso, concretamente al finalizar su alegación segunda, cuando dice



que la resolución alemana fue dictada el 27 de julio de 2.017, cuando el día 21 del mismo mes, al no regresar la madre de sus vacaciones con los niños, Don Segismundo interpuso ante el Juzgado la solicitud de medidas provisionales, de manera que Doña Sofía, al conocer esta circunstancia por habérsela comentado su marido, planteó medidas urgentes ante el Juzgado de Flensburg, afirmación del apelante que conlleva que su demanda es anterior a la de la contraparte en Alemania y que no ha merecido respuesta alguna en la contestación al recurso de apelación. Por consiguiente, no queda probada la concurrencia del presupuesto contemplado en tan citado art. 39.1 de la Ley 29/2.015, esto es, la precedencia del procedimiento alemán con respecto al español, cuya carga probatoria correspondía a la apelada conforme al art. 217.3 y 7 de la Lec.

Por lo demás, debemos tener en cuenta que el art. 3 del Reglamento (CE) 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 en los asuntos de divorcio, separación y nulidad matrimonial, corresponde la competencia a los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se halle: "el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí" o bien "la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda", supuestos que se dan en este caso.

Además, conforme al art. 19 del mismo Reglamento, "Cuando 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", suspensión que no ha podido materializar el Juzgado alemán al no tener noticia alguna -al menos no consta en autos- de la demanda de medidas provisionales previas promovidas en España por Don Segismundo.

CUARTO.- En lo que se refiere al consentimiento prestado por el padre para que sus hijos residan en Flensburg, es cierto que así se recoge en la resolución alemana, pero deben tenerse en cuenta dos factores: el primero de ellos es que dicha resolución simplemente afirma la existencia de tal reconocimiento pero no informa sobre su fuente probatoria y no debe olvidarse que fue adoptada inaudita parte por razones de urgencia; el segundo factor radica en la reacción de Don Segismundo cuando conoce el 11 de julio de 2.017 la decisión de su esposa de quedarse indefinidamente en Alemania con sus hijos, presentando el recurrente ese mismo día denuncia ante la Policía Nacional. Por tanto, no puede afirmarse en este momento que concurriera consentimiento de Don Segismundo a dicho traslado de sus hijos a Alemania con carácter permanente.

Por último, el hecho de que el Juzgado de Flensburg haya adoptado su decisión y que el procedimiento español sea sobre medidas provisionales anteriores a la demanda, no tiene relevancia para mantener la competencia en los tribunales españoles.

Así las cosas y resultando incontestable el hecho de que los contendientes llevaban residiendo en Mallorca desde 2.015, estando también aquí escolarizados sus hijos, atendiendo a los razonamientos anteriormente efectuados, acogemos el recurso de apelación, sin que proceda imponer las costas de segunda instancia.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y procedente aplicación.

III.- PARTE DISPOSITIVA

Estimamos el recurso de apelación promovido por DON Segismundo, representado por la Procuradora Doña Juana Rosa González Montiel, contra el auto dictado el día 21 de diciembre de 2.017 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Palma de Mallorca en el procedimiento del que trae causa este rollo de apelación. En consecuencia, revocamos la referida resolución y declaramos la jurisdicción y competencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Palma de Mallorca para la sustanciación de las medidas provisionales previas a la presentación de la demanda promovidas por el actor. Todo ello sin que proceda imponer las costas de segunda instancia.

Así, por este auto, contra el que no cabe interponer recurso alguno, lo acordamos, mandamos y firmamos.