



Roj: **AAP B 6196/2018 - ECLI:ES:APB:2018:6196A**

Id Cendoj: **08019370122018200380**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **08/10/2018**

Nº de Recurso: **1142/2017**

Nº de Resolución: **419/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **VICENTE ATAULFO BALLESTA BERNAL**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68, planta baixa - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294443

FAX: 938294450

EMAIL:aps12.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120168139333

Recurso de apelación 1142/2017 -R2

Materia: Guarda y custodia

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Guarda, custodia o alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados 545/2016

Parte recurrente/Solicitante: Alexis

Procurador/a: Blanca Soria Crespo

Abogado/a: Alejandro Fernández Rodríguez

Parte recurrida: Diana

Procurador/a: Rocio Fernandez Prat

Abogado/a: Enrique Caballero Ocaña

AUTO Nº 419/2018

Magistrados:

D. Vicente Ballesta Bernal

D. Gonzalo Ferrer Amigo

D^a Raquel Alastruey Gracia

Barcelona, 8 de octubre de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 20 de noviembre de 2017 se han recibido los autos de Guarda, custodia o alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados 545/2016 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Barcelona (Familia) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Blanca Soria



Crespo, en nombre y representación de Alexis contra Auto de 21/06/2017 y en el que consta como parte apelada la Procuradora Rocio Fernandez Prat, en nombre y representación de Diana .

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

"Que debo acordar y acuerdo apreciar la cosa juzgada y estimar la excepción de inadecuación de procedimiento, sobreseyendo este procedimiento; no procede condena en costas."

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 04/10/2018.

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

Se designó ponente al Magistrado D. Vicente Ballesta Bernal.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La resolución recurrida, Auto de fecha 21 de junio de 2.017, recaída en los autos de Guarda y Custodia nº 545/16, del Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Barcelona, seguidos a instancia de Don Alexis contra Doña Diana , aprecia la excepción de cosa juzgada y estima la de inadecuación de procedimiento, acordando el sobreseimiento de las actuaciones, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas originadas en la primera instancia.

Frente a la referida resolución, el demandante Sr. Alexis , interpone recurso de apelación, mediante el que mantiene la competencia de los tribunales españoles para conocer de las presentes actuaciones siendo además de aplicación la legislación española y en el presente caso la catalana, sin que proceda apreciar la existencia de cosa juzgada ni la de inadecuación de procedimiento.

La parte demandada, Sra. Diana , se opone al recurso de apelación interpuesto de contrario e interesa que se confirme la resolución recaída en la primera instancia.

El Ministerio Fiscal se opone de igual forma al recurso de apelación y solicita la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- No resulta controvertido en las presentes actuaciones que los ahora litigantes, Don Alexis y Doña Diana , de **nacionalidad** Boliviana, tienen adquirida la **nacionalidad** española por domicilio al igual que sucede con la hija común, Macarena nacida el NUM000 de 2.002, y han tenido su domicilio familiar en C/ DIRECCION000 de Barcelona, hasta el cese de la convivencia, habiendo adquirido la vecindad civil catalana.

Igualmente consta documentalmente acreditado y reconocido por los propios litigantes, que contrajeron matrimonio en fecha 6 de octubre de 2.012 en Bolivia, y que el demandante Sr. Alexis ha solicitado el divorcio ante las autoridades competentes de Bolivia, habiendo recaído Sentencia en fecha 22 de noviembre de 2.016.

Finalmente, consta igualmente acreditado que tanto una parte como la otra, formulan sendas demandas de guarda y custodia ante los tribunales españoles, con la finalidad de regular mediante las medidas definitivas correspondientes las obligaciones y derechos paterno filiales, acumulándose las mismas en el presente procedimiento.

Finalmente, debe ponerse de manifiesto que no se ha solicitado por ninguna de las partes el reconocimiento de sentencia alguna recaída en el extranjero.

El artículo 36.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinarán por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. Por otra parte el mismo precepto en su punto 2 establece que los tribunales españoles se abstendrán de conocer cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado.

Señala el artículo 21.1 de la LOPJ que los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros, con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte.

En cuanto a la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de las cuestiones relativas al divorcio y separación, cuando uno de los cónyuges es extranjero, debe tenerse en cuenta en primer lugar lo dispuesto



en el Reglamento (CE) 2201/2003, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis), que establece un sistema completo en materia de competencia sobre divorcio y responsabilidad parental.

El Reglamento 2201/2003 fue aprobado el 27 de noviembre de 2003, con efectos en cuanto a su aplicación de 1 de marzo de 2005. Este deroga y sustituye al Reglamento (CE) nº 1347/2000 (Bruselas II), de 29 de mayo de 2000, también relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental sobre los hijos comunes.

El Reglamento 2201/2003 determina la norma de conflicto en el artículo 3.1 tomando como referencia la "residencia habitual", que conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo es el lugar en que la persona ha fijado con carácter estable el centro permanente o habitual de sus intereses.

Se entiende por responsabilidad parental a los efectos de Bruselas II bis los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley, o por un acuerdo con efectos

jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor.

El término incluye, en particular: a) el derecho de custodia y el derecho de visita, b) la tutela, la curatela e instituciones análogas, c) la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia, d) el acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento, e) las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes.

En esta materia de responsabilidad parental el Reglamento 2201/2003 atribuye también como regla general la competencia de la residencia habitual.

Finalmente, debemos precisar que la Ley aplicable en el presente supuesto es la española conforme a lo que dispone el artículo 8 a) del Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo, en vigor desde el día 21 de junio de 2012, que señala como ley aplicable la española por la residencia común de ambos, siendo de aplicación a las cuestiones sobre responsabilidad parental en virtud de lo que establece el artículo 5.1 del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1.996, y a los alimentos conforme al artículo 3.1 del Protocolo de la Haya de 23 de noviembre de 2.007, en atención a la residencia del menor. Por otro lado, el art. 5 del Reglamento establece que las partes podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio siempre que coincida con alguna de las siguientes leyes: la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos resida allí en el momento en que se celebre el convenio; la ley del Estado cuya **nacionalidad** tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio o la ley del foro.

La resolución recurrida entiende que procede apreciar la cosa juzgada y acordar la inadecuación del procedimiento, puesto que se ha resuelto por el Juzgado de Sucre (Bolivia), que declara la disolución del matrimonio por divorcio y concede la guarda de la menor a la madre y se pronuncia sobre el régimen de visitas y pensión de alimentos a favor de la menor, sin tener en cuenta que dicha resolución extranjera no ha sido reconocida en España que a su vez es el lugar de residencia de ambos litigantes y de la hija común, a la vez que han sido los propios litigantes los que han formulado sendas demandas de guarda y custodia en España, habiendo sido acumuladas en las presentes actuaciones.

En este sentido se ha pronunciado el T.S. en Sentencia de 29 de noviembre de 2.015. Básicamente el TS determina que, " *tratándose de una sentencia de divorcio de Moldavia su reconocimiento en España habría requerido acudir al procedimiento de exequátur, al no ser aplicable ningún Reglamento de la UE ni convenio internacional, y habida cuenta de que la normativa interna aplicable hubiera sido todavía la de la antigua LEC y no la LCJL. Se trata de una conclusión acertada en contraposición con la confusión que subyace en la resolución de la Audiencia Provincial, pues sin reconocimiento la eficacia en España de la resolución extranjera básicamente se limitará a ser un documento relevante para probar un hecho o una situación, que el matrimonio ha sido disuelto en Moldavia, pero no para que los efectos procesales de la resolución extranjera puedan extenderse a España*".

De lo expuesto se desprende la necesidad de estimar el recurso de apelación interpuesto por el recurrente, y en consecuencia se deja sin efecto la resolución recurrida y se acuerda que siga adelante el procedimiento instado por ambas partes litigantes.

TERCERO.- El artículo 398 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuya virtud, estimándose el recurso de apelación, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas originadas en ninguna de las instancias.



PARTE DISPOSITIVA

En atención a cuanto ha quedado expuesto,

LA SALA ACUERDA: Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de DON Alexis , contra el Auto de 21 de junio de 2.017, recaído en la primera instancia en los autos de Guarda y Custodia nº 545/16, del Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Barcelona, seguidos contra DOÑA Diana , así como de la demanda formulada por esta última contra el primero, y debemos revocar y REVOCAMOS INTEGRAMENTE la referida resolución, y en su lugar acordamos que siga adelante el presente procedimiento.

No procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas originadas en ninguna de las instancias.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ