



Roj: **AAP B 6904/2018 - ECLI:ES:APB:2018:6904A**

Id Cendoj: **08019370122018200421**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **12/11/2018**

Nº de Recurso: **1261/2017**

Nº de Resolución: **476/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ**

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.: 0801942120158158793

### **Recurso de apelación 1261/2017 -B1**

Materia: Ejecución de sentencia extranjera

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Barcelona (Familia)**

**Procedimiento de origen: Exequator 178/2017**

Parte recurrente/Solicitante: Dionisio

Procurador/a: Marc Castañon Puell

Abogado/a: Daniel Gil Alcázar

Parte recurrida: María Inmaculada

Procurador/a: Ana De Orovio Jorcano

Abogado/a: JOSÉ ANTONIO CASES GUTIÉRREZ

### **AUTO Nº 476/2018**

#### **Magistrados:**

Doña M<sup>a</sup> Pilar Martín Coscolla

Don José Pascual Ortuño Muñoz

Don Vicente Ballesta Bernal

Barcelona, 12 de noviembre de 2018

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por Auto de fecha 19 de julio de 2017 dispuso el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 14 de Barcelona reconocer, por vía de exequatur, la SENTENCIA DE DIVORCIO de 28.7.2016 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Ksar el Kebir (Marruecos), que era firme y ejecutoria por haber sido confirmada por la Corte de Apelación de Tánger por sentencia de 16.1.2017, que desestimó los recursos de apelación interpuestos por las dos partes. Se reconoció, para su eventual ejecución en España, el divorcio del matrimonio contraído en dicha



ciudad el 19.5.1998 por el señor Dionisio y la señora María Inmaculada, ambos de **nacionalidad** marroquí, estando inscrito el matrimonio en Marruecos y sin que exista constancia de su inscripción en España.

La solicitud de exequatur había sido instada por la representación del esposo mediante escrito de 3 de marzo de 2017. De tal pretensión, formulada al amparo del artículo 44 de la Ley de Cooperación Judicial Internacional, se dio traslado a la señora María Inmaculada mediante notificación y emplazamiento efectuado personalmente, tal como obra en autos, en su domicilio, en fecha 17.3.2017. La demandada no compareció en el plazo que le fue señalado. El 18 de julio se presentó informe favorable del Ministerio Fiscal y tras la Diligencia de constancia de la incomparecencia de la demandada, se dictó el Auto de 19.7.2017 por el que se concedió el exequatur.

El día 28.7.2017, según consta en el certificado de presentación telemática de escritos, tuvo su entrada en el decanato escrito de la procuradora D<sup>a</sup> Ana Orovio Jorcano por el que se comparece en el proceso y se formula oposición a la demanda de exequatur, en nombre de la señora María Inmaculada, proveído por Diligencia de ordenación de 4.9.2017 que dispone su unión "sin mérito alguno", por cuanto se había dictado auto definitivo el 19.7.2017.

**SEGUNDO.** - Tras la notificación de la diligencia de 4.9.2017 a la representación de la demandada, y mediante escrito de 8.9.2017, se instó por la misma incidente de nulidad de actuaciones por vulneración del derecho a la tutela efectiva. En dicho escrito se alega que su representada había solicitado el beneficio de justicia gratuita y que no se había notificado a la misma el levantamiento de la suspensión del proceso.

Por Diligencia de 12.9.2017 se requirió a la parte demandada que acreditase la echa en la que solicitó la justicia gratuita, toda vez que en los autos no existía ninguna constancia de tal circunstancia ni del interés en formular oposición, desde el emplazamiento de 17.3.2017. La parte requerida presentó escrito al que acompañó Resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de 9.6.2017 por la que se ratificaba la concesión provisional del derecho, así como la confirmación de la designa de los profesionales realizada provisionalmente.

Dada cuenta al magistrado titular del Juzgado "a quo", dictó providencia de inadmisión del incidente extraordinario de nulidad de actuaciones en fecha 15.9.2017 al considerar que la parte tuvo la oportunidad de comparecer en los autos antes del dictado de la resolución definitiva. Contra dicha resolución se concedió recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que fue interpuesto en legal forma, al que se opuso el solicitante. El Ministerio Fiscal se adhirió al mismo en tanto fuera acreditado la solicitud de suspensión, en cuanto a la eventual nulidad de actuaciones; y se opuso al recurso respecto al fondo del asunto, por considerar que sí procedía la concesión del exequatur.

**TERCERO.** - Repartido el recurso a este tribunal, fue designado ponente el Ilm<sup>o</sup> magistrado D. José Pascual Ortuño Muñoz, y señalada la deliberación y fallo para el día 30.10.2018, fecha en la que se celebró, expresando el ponente el parecer de la Sala.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.** - La parte apelante ha formulado contra la referida resolución dictada por este tribunal el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones previsto en los artículos 241 de la LOPJ y 228 de la LEC por entender que se han vulnerado principios constitucionales y, en consecuencia, interesa que se decrete la nulidad de la resolución que ha puesto fin a esta apelación y se dicte otra resolviendo el fondo de la cuestión planteada.

El incidente extraordinario de nulidad de actuaciones contra las resoluciones definitivas que pongan fin al proceso en la instancia constituye un remedio extraordinario, que tiene como finalidad que el propio tribunal que ha dictado la resolución impugnada revise la misma ante la existencia de un flagrante error fatal en la apreciación de los hechos o en la interpretación y aplicación del derecho.

**SEGUNDO.** - En este caso, la nulidad pretendida no puede ser acogida, como acertadamente ha apreciado la resolución de primera instancia objeto de la apelación, por cuanto la parte que la promueve fue emplazada personalmente el 17.3.2017 y no compareció en los autos hasta después de haberle sido notificado el auto que acordó el reconocimiento de la sentencia extranjera tramitado por vía de exequatur el 6.9.2017.

Alega la representación procesal de la demandada que no compareció porque solicitó de la Comisión de Justicia Gratuita la concesión del beneficio de justicia gratuita para poder oponerse, lo que ha acreditado aportando ahora, con motivo del recurso, la resolución por la que se concede, de fecha 9.6.2017. Mas resulta que en ningún momento se solicitó por la parte la suspensión, ni tampoco se puso en conocimiento del juzgado que se había solicitado tal derecho, ni los profesionales designados provisionalmente comparecieron al serles notificada a designa, sin que hayan justificado ninguna causa mayor que se lo impidiese. Tras la concesión del



derecho por la CPJG tampoco se compareció hasta después de dictada la resolución que puso fin al proceso. Se alega que esperaban la notificación de la suspensión del curso del proceso cuando no consta no se ha acreditado que la pidieran en ningún momento. En consecuencia, la nulidad pretendida ha de ser rechazada.

**TERCERO.**- No obstante lo anterior, y ante la argumentación del escrito de nulidad en el anclaje de los principios constitucionales, entiende este tribunal que ha de realizar, con carácter de "*obiter dicta*" un análisis de la pretensión principal deducida en el expediente de exequatur, para lo cual, y revisadas las actuaciones, se ha de apreciar que la única razón que extemporáneamente invoca la representación de la apelante para oponerse al reconocimiento de la sentencia dictada por los tribunales de Marruecos, es que los mismos no eran competentes para la acción de divorcio, por cuanto los litigantes tenían su domicilio en España.

Tal oposición es notoriamente falta de fundamento por dos razones, en primer lugar porque las reglas que rigen el foro competencial en materia civil, tanto el Convenio Hispano Marroquí de 30.5.1997, el artículo 22 *quater* de la LOPJ, redactado conforme a la LO 7/2015, como el Reglamento Bruselas II-Bis de la CE, no establecen las reglas de competencia en relación al divorcio de forma excluyente, sino que desarrollan un abanico de opciones que pueden servir de anclaje competencial. Entre ellas está el criterio de la **nacionalidad** común de los litigantes. En consecuencia, en este caso los tribunales de Marruecos eran plenamente competentes y el reconocimiento de la sentencia dictada es inobjetable por cuanto ni existía, ni existe proceso con el mismo objeto entre las mismas partes que se siga ante los tribunales españoles, ni tampoco se alegan razones de orden público que puedan ser oponibles al exequatur solicitado.

Por otra parte, del análisis de las sentencias aportadas, debidamente traducidas y apostilladas, se deduce que la hoy recurrente compareció voluntariamente ante el juzgado marroquí a usar de su derecho, sin plantear allí cuestión de competencia, y le fueron estimadas parte de sus pretensiones. Incluso formuló recurso de apelación ante la Corte de Apelación de Tánger, que dictó sentencia confirmatoria, lo que implica una sumisión expresa a los tribunales marroquíes.

Finalmente, respecto a las materias objeto de regulación, el registro en el que consta inscrito el matrimonio cuyo divorcio se ha acordado, es el Marroquí, y el resto de las medidas adoptadas, en caso de que hubiesen cambiado las circunstancias por el traslado del domicilio de la recurrente o de los hijos a España, no constituyen materia de cosa juzgada, y puede interponer las acciones modificatorias que puedan corresponderle.

**CUARTO.**- La existencia de dudas de derecho en este caso determina, a juicio del tribunal, que no proceda pronunciamiento especial sobre las costas del mismo, en aplicación de lo que determinan los artículos 398, en relación con el 394 de la LEC.

En consecuencia,

## DECLARAMOS

que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso extraordinario de nulidad interpuesto por la representación de la señora María Inmaculada, contra el Auto de 19 de julio de 2017 del Juzgado de 1ª Instancia nº 19 de BARCELONA dictado en el PROCESO DE EXEQUATUR nº 178/2017 en el que ha sido parte apelada el señor Dionisio y el MISTERIO FISCAL (parcialmente adherido al recurso); y, en consecuencia, CONFIRMAMOS íntegramente las resoluciones a las que se refiere, sin especial declaración respecto a las costas de la alzada.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguna, salvo el amparo constitucional anunciado por la parte recurrente.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados