



Roj: **AAP SS 839/2018 - ECLI:ES:APSS:2018:839A**

Id Cendoj: **20069370022018200102**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **2**

Fecha: **05/10/2018**

Nº de Recurso: **2495/2018**

Nº de Resolución: **131/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANE MAITE LOYOLA IRIONDO**

Tipo de Resolución: **Auto**

.AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA

GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN SEKZIOA

SAN MARTIN 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000712

Fax / Faxes: 943-000701

NIG PV / IZO EAE: 20.06.2-17/002373

NIG CGPJ / IZO BJKN :20045.42.1-2017/0002373

Recurso apelación familia LEC 2000 / Familia; apelazio-errekurtsoa; 2000ko PZL 2495/2018 - M

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : UPAD de 1ª Instancia e Instrucción nº 5 de Irún / Irungo Lehen Auzialdiko eta Instrukzioko 5 zk.ko ZULUP

Autos de Divorcio mutuo acuerdo 307/2017 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Isaac y María Teresa

Procurador/a/ Prokuradorea:GUADALUPE AMUNARRIZ AGUEDA y GUADALUPE AMUNARRIZ AGUEDA

Abogado/a / Abokatua: MANUEL AMUNARRIZ AGUEDA y MARINA HERRERO RETEGUI

Recurrido/a / Errekurritua: MINISTERIO FISCAL

Procurador/a / Prokuradorea:

Abogado/a/ Abokatua:

A U T O N° 131/2018

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMO/A SR/A. PRESIDENTE/A : D/Dª Dª. YOLANDA DOMEÑO NIETO

MAGISTRADO/A : D/Dª ANE MAITE LOYOLA IRIONDO

MAGISTRADO/A : D/Dª FELIPE PEÑALBA OTADUY

LUGAR : DONOSTIA / SAN SEBASTIAN

FECHA : 5 de octubre de dos mil dieciocho

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Irún se dictó Auto de fecha 8 de Febrero de 2.018 , cuya parte dispositiva dice así:



"Este tribunal ACUERDA ABSTENERSE de conocer del presente procedimiento promovido por el/la procurador/ a Sr/a. AMUNARRIZ AGUEDA, en nombre y representación de Isaac y María Teresa , sobre DEMANDA DE DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO."

SEGUNDO .- Por la representación procesal de D. Isaac y María Teresa , se interpuso recurso de apelación contra el referido Auto de fecha 8 de Febrero de 2.018 . Admitido el mismo se elevaron los autos a este Tribunal, señalándose para al Votación y Fallo el día 1 de octubre de 2.018.

TERCERO.- En la tramitación de este Recurso se han cumplido todas la formalidades prescritas en la Ley.

CUARTO.- Ha sido Ponente en esta instancia la ltma. Sra. Magistrada Dña ANE MAITE LOYOLA IRIONDO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-Por parte de Isaac y María Teresa , se ha interpuesto Recurso de Apelación contra el Auto de fecha 8 de febrero de 2018 dictado por el Juzgado de 1ª instancia nº 5 de Irún , solicitando la revocación de dicha resolución y el dictado de una nueva declarando la competencia del Juzgado de Irún para conocer de la demanda de divorcio de Mutuo Acuerdo

Para justificar el recurso formulan las siguientes alegaciones:

Infracción del artículo 3.1 b), y 12 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 e infracción del art. 3.c) del Reglamento (CE) 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008 , relativo entre otras cosas a la competencia en materia de obligaciones de alimentos.

Manifiestan que los reglamentos comunitarios en materia de competencia judicial internacional se integran en el derecho procesal nacional de cada estado miembro y cuando esto sucede, como así resulta en este caso, esta normativa europea es directamente aplicable por el Tribunal español donde se plantea el litigio: Irún.

Refieren que en materia de crisis matrimonial internacional, y en concreto en cuanto a la competencia judicial, se deben aplicar diversas normas internacionales en función del objeto del pleito, que para determinar la competencia judicial internacional en lo relativo a la modificación del vínculo matrimonial habrá que atender a lo dispuesto en el Reglamento 2201/2003 y en relación a los alimentos a lo establecido por el Reglamento nº 4 /2009 ; que la elección del foro viene determinada por el legislador europeo de forma imperativa pero utilizando diferentes puntos de conexión de forma alternativa y no subsidiaria; que eligieron los Tribunales españoles, el país del que ambos son nacionales y es ante Tribunal español donde han interpuesto la demanda.

Y concluyen precisando que lo manifestado es suficiente para decidir que el conocimiento del presente asunto corresponde a los Juzgados españoles y en concreto a los de Irún, tanto respecto a la disolución del vínculo matrimonial como a las cuestiones referentes a la responsabilidad parental tales como derechos de custodia y visita, que de lo que se trata, siempre en beneficio de los menores, es: conocer y decidir cuál es el órgano jurisdiccional " mejor situado "; que significa que los menores tengan una " vinculación especial "; y cómo debe interpretarse el concepto de " interés superior del menor ", existiendo por tanto una proximidad y vínculo de los menores con el Estado español ,resultando por ello justificada la interposición de la demanda ante los tribunales de Irún.

SEGUNDO- Se suscita en esta alzada la cuestión relativa a la determinación del órgano competente para conocer de la demanda de divorcio de mutuo acuerdo formulada por los recurrentes ,así como de aquellas cuestiones que afectan a las relaciones parentales que se derivan de dicha situación

El juzgado de instancia dictó resolución por la que se acordaba la abstención para conocer del procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo instado por los recurrentes invocando por ello el artículo 36 de la Ley 1/2000 enjuiciamiento civil en su apartado segundo: "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" (los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer)

El juzgado de instancia se amparaba en lo dispuesto en el artículo ocho del, Reglamento 2201/03 del Consejo de 27 de noviembre de 2003

A la hora de dar respuesta al recurso formulado ,indudablemente debemos acudir a lo dispuesto en el Reglamento 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 ,si bien en nuestra Ley Orgánica contamos con un claro indicador a la hora de dar respuesta a la cuestión que se suscita en este recurso

Artículo 22 LOPJ

"En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes:

1.º Con carácter exclusivo, en materia de derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en España; en materia de constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos; en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español; en materia de inscripciones o de validez de patente y otros derechos sometidos a depósito o registro cuando se hubiere solicitado o efectuado en España el depósito o registro; en materia de reconocimiento y ejecución en territorio español de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero.

2.º **Con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles**, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España.

3.º *En defecto de los criterios precedentes y en materia de declaración de ausencia o fallecimiento, cuando el desaparecido hubiere tenido su último domicilio en territorio español; en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, cuando éstos tuviesen su residencia habitual en España; en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la **nacionalidad** española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro; en materia de filiación y de relaciones paternofiliales, cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España; para la constitución de la adopción, cuando el adoptante o el adoptado sea español o resida habitualmente en España; en materia de alimentos, cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio español; en materia de obligaciones contractuales, cuando éstas hayan nacido o deban cumplirse en España; en materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España; en las acciones relativas a bienes muebles, si éstos se encuentran en territorio español al tiempo de la demanda; en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España"*

Este criterio es el que aparece recogido en el Reglamento ya mencionado, concretamente en el artículo tres cuando regula la competencia general, pues si bien es cierto que en dicho precepto en su apartado letra a) existe una referencia claramente territorial, directamente vinculada a la residencia habitual, no los menos que en el apartado, letra b) se acoge el criterio de la **nacionalidad** de ambos cónyuges, y puesto que no existe mandato alguno que otorgue prioridad a uno u otro criterio o establezca con carácter imperativo la sumisión a uno u otro, debemos entender que los demandantes tienen flexibilidad para interponer la demanda en alguno de los tribunales con los que el Reglamento les considera vinculados pudiendo elegir entre cualquiera de los foros establecidos en el artículo tres

Artículo 1

Ámbito de aplicación

1. El presente Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas:

a) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial;

b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.

2. Las materias consideradas en la letra b) del apartado 1 se refieren en particular:

a) al derecho de custodia y al derecho de visita;

b) a la tutela, la curatela y otras instituciones análogas;

c) a 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) al acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento;

e) a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes.

3. El presente Reglamento no se aplicará:

a) a la determinación y a la impugnación de la filiación;



- b) a las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, ni a la anulación y revocación de la adopción;
- c) al nombre y apellidos del menor;
- d) a la emancipación;
- e) a las obligaciones de alimentos;
- f) a los fideicomisos y las sucesiones;
- g) a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores.

CAPÍTULO II

COMPETENCIA

SECCIÓN 1

Divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial

Artículo 3

Competencia general

1. En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro :

a) en cuyo territorio se encuentre:

- la residencia habitual de los cónyuges, o
- el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o
- la residencia habitual del demandado, o
- en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o
- la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o
- 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 o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su "domicile";

b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del "domicile" común .

2. A efectos del presente Reglamento, el término "domicile" se entenderá en el mismo sentido que tiene dicho término con arreglo a los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de Irlanda.

Expuesto lo anterior y por lo que se refiere a la regulación de los efectos que deriven de la sentencia de divorcio y puedan afectar al estatus de los hijos menores de edad el propio Reglamento establece un criterio general de competencia en el artículo ocho

Artículo 8

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.

No obstante ,es necesario tomar en consideración la remisión que en el apartado segundo del citado precepto se lleva cabo al contenido de los artículos nueve, diez , y doce en los que se establecen con carácter excepcional otros criterios para la determinación del órgano competente en el ámbito de las relaciones parentales. Así destaca la remisión que el artículo doce efectúa al órgano jurisdiccional competente para conocer de la demanda de divorcio ,o lo que es lo mismo la determinación de la competencia por razón de la pretensión principal.

En el presente caso hemos declarado la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de la demanda de divorcio de mutuo acuerdo y , en consecuencia debe entenderse prorrogada la competencia al amparo de lo dispuesto en dicho precepto, para el conocimiento de las cuestiones relativas a la responsabilidad parental



Artículo 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.

2. La competencia ejercida en virtud del apartado 1 cesará:

a) en cuanto sea firme la resolución estimatoria o desestimatoria de la demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial, o

b) en cuanto sea firme una resolución sobre responsabilidad parental, en aquellos casos en que en el momento indicado en la letra a) aún estén en curso procedimientos relativos a la responsabilidad parental, o

c) en los casos considerados en las letras a) y b), en cuanto hayan concluido los procedimientos por otras razones.

3. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán igualmente competencia en materia de responsabilidad parental en procedimientos distintos de los contemplados en el apartado 1:

a) cuando el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro, en especial por el hecho de que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual o porque el menor es nacional de dicho Estado miembro,

y

b) cuando su competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional y la competencia responda al interés superior del menor.

4. Cuando el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no sea parte contratante del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, se presumirá que la competencia basada en el presente artículo es en beneficio del menor, en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate."

Como ya hemos indicado, la redacción del precepto anteriormente transcrito constituye un supuesto de prórroga de la competencia que actúa como excepción al criterio de competencia general establecido en el artículo ocho en el que precisamente se alude a la residencia habitual de los menores, como criterio determinante del órgano competente.

Así, en este caso, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo doce ya mencionado, y dado que hemos declarado la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de la demanda de divorcio de mutuo acuerdo, serán estos los competentes para el conocimiento de la totalidad de los pedimentos contenidos en la demanda de divorcio de mutuo acuerdo.

Por todo lo expuesto procederá la estimación de recurso en los términos solicitados y en consecuencia las cuestiones relativas a la responsabilidad parental, directamente relacionadas con dicha demanda, serán conocidas por el órgano competente para conocer de la pretensión principal.

PARTE DISPOSITIVA

Seestima el recurso de apelación formulado por la representación de Isaac y María Teresa contra el auto de fecha 8 de febrero de 2018 dictado por el juzgado de primera instancia e instrucción número cinco de Irún, se revoca dicha resolución y en su lugar se declara competente a dicho órgano judicial para conocer de la demanda de divorcio de mutuo acuerdo formulada por ambos demandantes así como de las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda



Devuélvase a Isaac y María Teresa el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso.

Lo acuerdan y firman Sus Señorías. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ