



Roj: **AAP B 7339/2019 - ECLI: ES:APB:2019:7339A**

Id Cendoj: **08019370122019200311**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **18/09/2019**

Nº de Recurso: **731/2018**

Nº de Resolución: **347/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA ISABEL TOMAS GARCIA**

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.: 0811342120128256509

### **Recurso de apelación 731/2018 -A2**

Materia: Proceso especial contencioso divorcio

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de DIRECCION000

### **Procedimiento de origen:Divorcio contencioso 738/2012**

Parte recurrente/Solicitante: María Milagros

Procurador/a: M<sup>a</sup> Dolores Rifa Guillen

Abogado/a: Montserrat Pujol Torras

Parte recurrida: Mario

Procurador/a: Paula Vignes Izquierdo

Abogado/a:

### **AUTO Nº 347/2019**

*Don Pascual Ortuño Muñoz (Presidente)*

*Doña M<sup>a</sup> Isabel Tomás García (Ponente)*

*Doña Raquel Alastruey Gracia*

En Barcelona, a 18 de septiembre de 2019.

La Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona formada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba identificados ha visto en grado de apelación el **PROCESO DE DIVORCIO CONTENCIOSO 738/12** seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de DIRECCION000 , por demanda de DON Mario , representado por la Procuradora sra. Vignes y defendido por la Abogada sra. Pinos, contra DOÑA María Milagros , representada por la Procuradora sra. Rifá y defendida por la Abogada sra. Pujol, al que se había acumulado el **PROCESO DE DIVORCIO CONTENCIOSO 120/16** seguido ante ese mismo Juzgado por demanda de DOÑA María Milagros contra DON Mario , con intervención del Ministerio Fiscal, y que pende ante nosotros por virtud del recurso interpuesto por DOÑA María Milagros contra el Auto dictado en dichas actuaciones en fecha 12 de marzo de 2018 y pronuncia la presente resolución en base a los siguientes,



## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** El 30/10/12, ante el Juzgado Decano de DIRECCION000 , DON Mario instó frente a DOÑA María Milagros el divorcio del matrimonio contraído en fecha 23/4/03 -del que nació un hijo en España en el año 2.007- dando origen al juicio 738/12 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de dicho partido.

**Segundo.-** Paralelamente, en el año 2.016: a) DOÑA María Milagros instó ante los Juzgados de DIRECCION000 el divorcio frente a DON Mario (proceso 120/16 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4) y b) a instancia de éste se decretó el divorcio en Marruecos por Sentencia de 14/6/16 ratificada en fecha 23/7/16.

**Tercero.-** Acumulados ambos procesos, en fecha 8/3/18 el Ministerio Fiscal emite informe por el que considera improcedente la pretensión del esposo de que el Juzgado de DIRECCION000 pudiera llevar a cabo los pronunciamientos del tribunal marroquí.

**Cuarto.-** El Juzgado, previo traslado a las partes, dicta Auto el 12/3/18 de sobreseimiento del proceso por considerar que la pareja ya está divorciada por un tribunal **extranjero** y que lo procedente es perseguir el reconocimiento y ejecutividad en España de dicha resolución.

**Quinto.-** DOÑA María Milagros interpuso recurso de apelación frente a dicha resolución, al que se adhiere el Ministerio Fiscal y se opuso la contraparte. Emplazadas ante la Superioridad, ambas partes han comparecido en tiempo y forma.

**Sexto.-** Recibidas las actuaciones en esta Sección, mediante Auto de 23/4/19 proveemos sobre la prueba propuesta por el recurrido. En fecha 18/9/19 tuvo lugar la sesión de deliberación, votación y fallo.

**Séptimo.-** En la tramitación de la segunda instancia jurisdiccional se han observado todas las prevenciones legales en vigor a excepción del plazo global de duración debido al cúmulo de asuntos que penden ante esta Sección.

Expresa la decisión del Tribunal la magistrada doña Maria Isabel Tomas Garcia, que actúa como ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.- RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR DOÑA María Milagros CONTRA EL AUTO DE 12 DE MARZO DE 2.019.**

Para la resolución del recurso es obligado constatar cuál es el contenido de la resolución contra la que se dirige. Se trata del Auto de 12/3/19 mediante el que se decreta el archivo de los dos procesos de divorcio -instados de manera cruzada por cada uno de los esposos- por considerar que concurre la cosa juzgada en su faceta negativa o preclusiva: mediante Sentencia dictada en Marruecos en el año 2.016 el matrimonio contraído por DOÑA María Milagros y DON Mario está ya disuelto por divorcio a día de hoy por lo que lo procedente es obtener el reconocimiento de dicha resolución en nuestro país.

La Sala conviene, parcialmente, con el Juzgado en la concurrencia de los requisitos legal y jurisprudencialmente exigibles para la apreciación de la cosa juzgada: la pretensión principal de divorcio postulada por cada una de las partes en los procesos acumulados ya ha sido satisfecha por otro tribunal de justicia en resolución firme. Ahora bien, para que esta decisión judicial pueda enervar el derecho fundamental de las partes al seguimiento y concusión de los procesos instados en nuestro país -y no desistidos por ninguno de los actores- es obligado que la misma sea reconocida en España.

A día de hoy constata la Sala que no se ha seguido el proceso legalmente establecido para ello por ninguna de las partes por lo que el tribunal español no puede tomar en consideración la resolución dictada por el tribunal marroquí a los efectos de apreciar la concurrencia de cosa juzgada, más teniendo en cuenta que por la cronología de los hechos descritos en los antecedentes fácticos de esta resolución, la Sentencia de divorcio se dicta en un proceso iniciado en el año 2.016 cuando ya estaba incoado otro con la misma finalidad en España (738/12 ) lo que implica que la Sentencia marroquí:

1º.- ha sido obtenida por el esposo con evidente mala fe, lo que impide su invocación ( arts. 11.2 LOPJ y 247.1 LECivil ): en 2.016 promovió el divorcio en su país de origen sin haber desistido del proceso instado en España con anterioridad y sin comunicar esta circunstancia al tribunal de dicho Estado pues de ser así el mismo venía obligado a suspender el curso de las actuaciones careciendo su resolución de la eficacia de cosa juzgada por aplicación del art. 23.5 del Convenio de cooperación judicial, en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos.

2º.- no podría ser reconocida en España conforme al art. 46.1.f) de la Ley 29/15, de 30 de junio de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil con lo que, de seguir la tesis del Juzgado se puede dar la paradoja de que



las partes, residentes en España, vean cerrado el presente proceso -por cosa juzgada- y al tiempo vean como se declara inejecutable la Sentencia marroquí en nuestro país, lo que impediría contraer nuevo matrimonio aquí y dejaría huérfana de regulación las relaciones personales y patrimoniales entre los miembros de la familia lo que la Sala considera inadmisibile.

3º De acuerdo con los artículos 8 y 12 del Reglamento UE nº221/2003 ( Bruselas II bis) los tribunales españoles son los competentes para resolver sobre las medidas atinentes al hijo común menor edad Juan Carlos nacido en DIRECCION000 el NUM000 de 2007al tener esta residencia habitual en España.

Por todo lo argumentado se estimará el recurso de apelación interpuesto por DOÑA María Milagros , se revocará el Auto contra el que se dirige y en su lugar deberán seguir adelante los dos procesos acumulados hasta su conclusión por Sentencia, salvo desistimiento.

#### **Segundo.- COSTAS DE APELACIÓN.**

La estimación del recurso justifica que las costas causadas por la tramitación de la segunda instancia jurisdiccional no se impongan a ninguna de las partes (arts. 394.1 y 398.1

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por DOÑA María Milagros contra el Auto dictado en fecha 12 de marzo de 2.018 en el proceso de divorcio contencioso 738/12 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de DIRECCION000 , al que se había acumulado el proceso de divorcio contencioso 120/16 del mismo Órgano judicial, y en consecuencia:

1º.- **REVOCAMOS** dicha resolución y en su lugar ordenamos que los procesos acumulados sigas adelante hasta su conclusión mediante el dictado de una resolución definitiva en cuanto al fondo de las pretensiones ejercitadas en ellos (salvo desistimiento de las partes).

2º.- No procede imposición de costas por la tramitación del recurso de apelación.

Notifíquese a las partes en legal forma comunicándoles que contra la misma no cabe interponer recurso alguno.

Inclúyase en el libro de resoluciones definitivas dejando testimonio en el rollo de su razón procediendo a la devolución de las actuaciones originales al Juzgado con certificación de la presente para que cumpla lo ordenado.

Así lo pronunciamos y firmamos.