



Roj: **AAP B 614/2020 - ECLI: ES:APB:2020:614A**

Id Cendoj: **08019370122020200031**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **29/01/2020**

Nº de Recurso: **772/2019**

Nº de Resolución: **42/2020**

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.: 0830742120198107276

Recurso de apelación 772/2019 -A1

Materia: Modificación medidas separación o divorcio

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 8 de DIRECCION000

Procedimiento de origen:Modificación medidas supuesto contencioso 307/2019

Parte recurrente/Solicitante: Luis Francisco

Procurador/a: Elisenda Parellada Jofre

Abogado/a: LETICIA GARRIDO DE LA VEGA

Parte recurrida: Rocío

Procurador/a:

Abogado/a:

AUTO Nº 42/2020

Doña Gema Espinosa Conde

Don Vicente Ballesta Bernal

Doña María Isabel Tomás García (Ponente)

En Barcelona, a 29 de enero de dos mil veinte.

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 modificación de medidas de divorcio contencioso 307/19 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de los de DIRECCION000 por demanda presentada por DON Luis Francisco , representado por la Procuradora sra. Parellada y defendido por la Abogada sra. Garrido, contra DOÑA Rocío , incomparecida en la alzada, con intervención del Ministerio Fiscal, y que pende ante nosotros por virtud del recurso interpuesto por el actor contra el Auto dictado en dichas actuaciones en fecha 21 de mayo de 2.019 y pronuncia la presente resolución en base a los siguientes,



ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 7/5/19 DON Luis Francisco presentó ante el Juzgado Decano de los de DIRECCION000 demanda contra DOÑA Rocío interesando la modificación de la Sentencia nº 506 de divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Ksar El Kebir (Marruecos) en fecha 12/7/12, parcialmente revocada por la Sentencia nº 943 dictada por el Tribunal de apelación de Tánger el 10/12/18.

Segundo.- Repartido el asunto al Juzgado de Primera Instancia nº 8 de dicho partido, en fecha 21 de mayo de 2.019 dictó Auto inadmitiendo a trámite la demanda por considerar que la competencia para acordar la modificación de la Sentencia originaria interesada por el actor corresponde en exclusiva al órgano judicial extranjero que la dictó.

Tercero.- Frente a esta decisión DON Luis Francisco formuló recurso de apelación y compareció ante la Superioridad en tiempo y forma para su mantenimiento.

Cuarto.- Recibidas las actuaciones en esta Sección, descartamos la necesidad de celebración de vista. La sesión de deliberación, votación y fallo tuvo lugar en fecha 29 de enero de 2.020.

Quinto.- 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 M^a Isabel Tomás García, que actúa como ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR DON Luis Francisco CONTRA EL AUTO DE 21 DE MAYO DE 2.019.

El actor combate en la alzada la decisión del Juzgado de inadmitir a trámite su demanda de modificación de la Sentencia de divorcio por considerar que carece de competencia para ello: en base a los arts. 61 y 775.1 LECivil sería el tribunal de Marruecos que dictó la indicada la resolución ante el que debería formularse la solicitud.

La Sala, revisada la causa, considera que la razón asiste al apelante por los siguientes argumentos:

1º.- Ante todo, la norma contenida en el art. 775.1 LECivil completada con la de competencia funcional del art. 61 LECivil, según la cual la competencia para conocer del procedimiento de modificación de una resolución judicial corresponde al Juzgado que la dictó, tiene una alcance meramente interno, ello es cuando se trata de dirimir la competencia entre tribunales de nuestro país.

A nivel internacional el art. 45.1 de la Ley 29/15, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, expresamente prevé que " *Una resolución extranjera podrá ser modificada por los órganos jurisdiccionales españoles siempre que hubiera obtenido previamente su reconocimiento por vía principal o incidental con arreglo a las disposiciones de este título.*"

2º.- Sentado lo anterior, para dilucidar si un tribunal español tiene competencia frente a otro tribunal extranjero para conocer de la solicitud planteada ante él, en este caso por un ciudadano marroquí contra otra persona que ostenta la misma **nacionalidad**, deberá estarse a las normas previstas en la LOPJ, por la remisión contenida en el art. 36.1 LECivil, en concreto según el art. 21.1 LOPJ: " *Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas.*"

3º.- Si tenemos en cuenta que la norma convencional que regula las relaciones entre los Reinos de España y Marruecos en esta materia (Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa de 30/5/97) a) dispone en su art. 1º que " *los nacionales de cada uno de ambos Estados disfrutarán en el territorio del otro Estado, de libre y fácil acceso a los tribunales, tanto judiciales como administrativos, para actuar en la defensa de sus derechos*" manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 C.E. (STC 61/2000, de 13/3, BOE 90 de 14/4/00) y b) no contiene una atribución exclusiva y excluyente a los tribunales de este país para conocer de la pretensión modificativa de las Sentencias dictadas por ellos, deberemos acudir a la norma contenida en el art. 22 quáter c) LOPJ que atribuye competencia a los tribunales españoles " *En materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones*", tal como pretende el actor hoy apelante en la demanda rectora del proceso.

4º.- En definitiva, sin perjuicio de la necesidad de proceder al previo reconocimiento en España de la resolución a modificar conforme a los arts. 22 y ss. del indicado Convenio -inclusive a modo incidental en el presente



litigio tal como prevén el apartado VIII del Preámbulo y los arts. 44.2 y 45.1 de la Ley 29/15, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil-, el tribunal ante el que se ha presentado la solicitud, el de DIRECCION000, resulta competente para el enjuiciamiento y fallo de la controversia conforme al art. 22 quáter c) LOPJ en atención a la residencia habitual del actor en nuestro país, y en dicho partido, desde un año antes de la interposición de la demanda (documentos 6 y 7) como lo confirma el hecho de que el hijo común nació en DIRECCION001 (Huesca) en el año 2.007 (folio 25) y está escolarizado en un centro de la capital del Garraf (folio 35) lo que determinaría igualmente la competencia de los tribunales españoles (art. 8.1 Reglamento 2201/03 del Consejo, de 27/11, Bruselas II bis).

5º.- La solución que aquí se postula, competencia de los tribunales españoles para la modificación de una Sentencia dictada por un tribunal extranjero cuando existen determinados puntos de conexión con nuestro país de las personas involucradas en él, es a la que llegó en un caso sustancialmente análogo al presente el Auto de la AP de Girona, Sec. 1ª, 99/18 de 8 de mayo:

a.- el problema planteado en esta resolución consistía en que " *el jutjat d'instància no admet a tràmit una demanda de modificació de mesures de divorci demanada per la Sra. Inmaculada per quan la sentència de divorci va ser dictada en el Regne de Marroc la qual no ha estat objecte de reconeixement a Espanya i només dit país la pot modificar*".

b.- frente a este planteamiento la referida resolución establece que " *No podem compartir cap dels dos arguments. En primer lloc, perquè l'article 775 de la LEC està pensat per aplicar-se a tribunals espanyols i no en cas de tribunals estrangers. En segon lloc, el punt anterior ve corroborat per la Llei 29/2015 de 30 de juny de cooperació jurídica internacional en matèria civil, que va entrar en vigor en el dia 30 d'agost de 2015, permet una peculiar forma de reconeixement ad hoc de resolucions estrangeres quan en el seu article 41 diu "Cuando el reconocimiento de una resolución extranjera se plantee de forma incidental en un procedimiento judicial" -cuya eficacia quedara limitada a lo resuelto en el proceso principal- "el juez que conozca del mismo deberá pronunciarse respecto a dicho reconocimiento en el seno de cada procedimiento judicial según lo dispuesto en las leyes procesales (art 42). I en l'apartat VIII del Preàmbul de la Llei, llegim: "Respecto al reconocimiento de una resolución extranjera de forma incidental se ha evitado una referencia en el artículo 44.2 a la apertura de un incidente conforme a lo establecido en los artículos 388 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permitiéndose así que el reconocimiento incidental se pueda llevar a cabo de forma ágil y más sencilla en el seno de cada procedimiento según las leyes procesales, ya que el proceso incidental referido en los artículos 388 y siguientes citados parece diseñado para otro tipo de cuestiones y su utilización supondría encajar un exequátur dentro de un proceso abierto cuando la solución puede ser más sencilla al plantearse normalmente el reconocimiento como base de la estimación o desestimación de la pretensión principal, de tal modo que será la sentencia la que determine la aptitud del documento para probar lo que se pretende", y que " Si se tratase de resolver con carácter previo una excepción procesal, en tal momento puede apreciarse también la aptitud del documento para probar las pretensiones". " (...) Y en cuanto a las resoluciones extranjeras firmes o definitivas que se refieran a materias que por su propia naturaleza son susceptibles de ser modificadas, como por ejemplo las prestaciones de alimentos, las decisiones sobre la guarda y custodia de menores o las medidas de protección de menores e incapaces, se establece de manera expresa en el artículo 45 que tales resoluciones podrán ser modificadas previo su reconocimiento a título principal o incidental. Disposición que, como se dice también en el citado apartado VIII "no impide que se pueda plantear una nueva demanda en un proceso declarativo ante los órganos jurisdiccionales españoles, correspondiendo, en definitiva, a las partes optar bien por la modificación de la sentencia extranjera bien por la apertura de un nuevo procedimiento". I en coherència amb aquesta nova orientació en aquests casos tan específics de les relacions personals i patrimonials entre cònjuges i de menors d'edat, el nostre legislador ja va introduir per llei orgànica 7/2015 de 21 de juliol, l'article 22 quater de la LOPJ en el que també s'atorga als tribunals espanyols competència en matèries relatives a l'estat civil i de protecció de menors i successions, entre d'altres quan s'acompleixin determinats requisits de residència pels estrangers. En conclusió, doncs aquella corrent jurisprudencial que ja apuntava per la competència dels Tribunals espanyols per a la protecció de menors que recull la SAP de Guadalajara 6.9.06, va adquirir, de manera ampliada, traducció normativa amb les dues lleis abans esmentades i que han de dur-nos a pronunciar que el jutjat d'instància sigui competent per a conèixer la demanda plantejada per la Sra. Inmaculada. En el mateix sentit s'han pronunciat les sentències de les Audiències provincials de Saragossa (secció 2ª) de 28.11.17 o la de Valladolid (1ª) de 3.1.18."*

Por todo lo que antecede se estimará el recurso de apelación interpuesto por el actor, se revocará el Auto contra el que se dirige y se ordenará al Juzgado que se pronuncie sobre la admisión a trámite de la demanda rectora del proceso partiendo de la base de que ostenta competencia para su enjuiciamiento y fallo.

Segundo.- COSTAS DE APELACIÓN.

La estimación del recurso justifica que las costas causadas por su seguimiento, si las hubiera, no se impongan a ninguna de las partes conforme a lo dispuesto en el art. 398.2 LECivil.



PARTE DISPOSITIVA:

Que estimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por DON Luis Francisco contra el Auto dictado en fecha 21 de mayo de 2.019 en el proceso de modificación de medidas de divorcio contencioso 307/19 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de los de DIRECCION000 , y en consecuencia:

1º.- **REVOCAMOS** dicha resolución debiendo el Juzgado pronunciarse a la mayor brevedad posible sobre la admisión a trámite de la demanda rectora del proceso partiendo de la base de que ostenta competencia para ello.

2º.- Las costas causadas por la tramitación del recurso de apelación no se imponen a ninguna de las partes.

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 seguidamente a la devolución de las actuaciones originales al Juzgado con certificación de la presente para que cumpla lo ordenado.

Así lo pronunciamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENJOL