



Roj: **AAP Z 195/2023 - ECLI:ES:APZ:2023:195A**

Id Cendoj: **50297370022023200029**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **2**

Fecha: **01/02/2023**

Nº de Recurso: **188/2022**

Nº de Resolución: **14/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Sentencias restantes**

Ponente: **JESUS IGNACIO PEREZ BURRED**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO NUMERO: 000014/2023

Presidente

D./D^a. JULIAN CARLOS ARQUE BESCOS

Magistrados

D./D^a. MARIA ELIA MATA ALBERT

D./D^a. JESUS IGNACIO PEREZ BURRED

En Zaragoza, a 1 de febrero del 2023.

La SECCION Nº 2 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación el **Rollo Civil de Sala nº 188/2022**, derivado del *Familia. Divorcio contencioso nº 6/2022-00*, del JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Nº 1 DE ZARAGOZA; siendo parte *apelante*, D^a **Filomena**, representada por la Procuradora Dña. INMACULADA ISIEGAS GERNER y asistida por la Letrada Dña. MARIA DEL ROSARIO GARCIA MARISCAL; parte *apelada*, el/la D. Marcos; es parte el **MINISTERIO FISCAL**; en cuyos autos, con fecha 26 de enero de 2022, recayó Auto.

HECHOS

PRIMERO.- Se aceptan los del auto apelado, cuya parte dispositiva dice: "Se ACUERDA la abstención de conocer por falta de competencia objetiva y territorial de la demanda ejercitada por parte de la procuradora de los tribunales Dña. Inmaculada Isiegas Gerner en nombre y representación de Dña. Filomena, poniendo de manifiesto la competencia objetiva de los Juzgados de primera instancia y la territorial de los Juzgados de **Marruecos**".

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por la representación procesal de D^a Filomena se interpuso recurso de apelación. Tras los correspondientes traslados y trámites se comunicó la existencia del procedimiento de forma telemática a esta Sección para dictar resolución.

TERCERO.- Registrado Rollo de Sala para la tramitación del recurso y no considerándose necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 31 de enero del presente año.

CUARTO.- Que en la tramitación de la apelación se han observado todas las prescripciones legales.

Siendo Magistrado/a Ponente el/la Ilmo./a. Sr./a. D/Dña. **JESUS IGNACIO PEREZ BURRED**.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El Auto de fecha 26/01/2022, dictado en las presentes actuaciones de juicio de divorcio por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de esta ciudad, que declara su falta de competencia objetiva y territorial para conocer de las presentes actuaciones, acordando su abstención, es objeto del presente recurso



de apelación por la parte actora, Sra. Filomena , quien solicita que se revoque y deje sin efecto el mismo y se acuerde, en su lugar, declarar la competencia territorial para el conocimiento de divorcio de los tribunales españoles y, en concreto, del mencionado Juzgado de Violencia.

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

Durante la tramitación del presente recurso se ha acordado, de oficio, oír a la parte actora y al Ministerio Fiscal respecto a la posible existencia de una falta de competencia internacional, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 38 y 39 de la LEC, habiendo informado ambos al respecto, tal y como consta en las actuaciones.

SEGUNDO.- La primera cuestión que debe ser resuelta es la relativa a la competencia de los tribunales españoles para conocer de las presentes actuaciones.

Conviene, como cuestión previa, hacer un pequeño recordatorio de las circunstancias personales concurrentes en el presente caso: se trata de un matrimonio entre un ciudadano marroquí y una ciudadana española contraído en **Marruecos** el 13/08/2009, habiendo residido de forma permanente en Rabat hasta el mes de julio de 2021, lugar donde nacieron los dos hijos del matrimonio, Marta , de 12 años, y Romulo , de 7 años y medio. En el citado mes de julio la esposa se traslada junto con sus hijos a esta ciudad, de donde la misma es originaria, estableciendo aquí su residencia habitual y empadronando y escolarizando a los hijos. El padre, por su parte, plantea una demanda solicitando la restitución o retorno de los hijos a **Marruecos** por sustracción internacional, que es desestimada en primera instancia denegando la citada restitución, pronunciamiento confirmado por esta misma sala en sentencia de 17/11/2022. En este estado de cosas, la madre plantea en fecha 12/01/2022 la presente demanda de divorcio con solicitud de adopción de una serie de medidas personales como la atribución a ella en exclusiva tanto de la autoridad familiar como de la guarda y custodia de los menores, estableciendo un régimen de visitas en favor del padre, si bien manteniendo el cierre de fronteras acordado con anterioridad.

TERCERO.- Así las cosas, y dada la fecha en la que se presenta la demanda de divorcio (enero de 2022) resulta de aplicación al caso concreto el Reglamento CE 2201/2003 del Consejo de Europa (Convenio de Bruselas II bis), pues todavía no había entrado en vigor el vigente Reglamento 2019/2011, de 25 de junio de 2019 (lo hizo el 1 de agosto), y el citado Reglamento establece, en su art. 3.1, que "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".

En el presente caso, consta acreditado documentalmente que la actora ha venido residiendo habitualmente en territorio español al menos seis meses antes de la presentación de la demanda de divorcio, concurriendo, en consecuencia, uno de los foros; en este momento dicha residencia habitual ya se ha extendido a más de un año, por lo que también concurre otro de los foros alternativos señalados en el mencionado Reglamento.

El concepto de "residencia habitual" que se recoge en el mencionado precepto, entendido en el sentido al que se refiere la Sentencia del TJUE de 1/08/2022 (asunto C-501/20), concurre expresamente en el presente supuesto, puesto que, por un lado, es clara la voluntad de la interesada de fijar el centro habitual de sus intereses en esta ciudad, y, por otro, se trata de una presencia que reviste un grado suficiente de estabilidad en el territorio español, ya que la misma se ha incorporado al mundo laboral, de manera rápida, encontrándose tanto ella como sus hijos empadronados en Zaragoza y estos últimos escolarizados.

Por todo ello, y de conformidad con lo establecido en el art. 22 quáter de la LOPJ, y la doctrina ya sentada por el TS en su sentencia 624/2017, de 21 de noviembre, procede declarar a los tribunales españoles competentes para conocer de la presente demanda de divorcio.



CUARTO.- Resulta la cuestión de la competencia territorial, resta pronunciarse respecto a la competencia objetiva, que es rechazada por la resolución recurrida. En este sentido, consta acreditado que, en el momento de interponerse la demanda, no existía ninguna causa penal, ni en trámite ni en ejecución, abierta contra el demandado en el Juzgado de Violencia contra la mujer (las Diligencias Previas 1401/21, a las que se acumularon las también Diligencias Previas 786/21, fueron finalmente resueltas por Auto de sobreseimiento provisional de fecha 29/09/21, que es firme), y siendo así que el elemento o nexo causal determinante de la competencia de los juzgados de violencia es la existencia de una causa penal abierta en los mismos, de forma que se pueda seguir una tramitación simultánea del procedimiento civil y penal, al fallar el citado requisito queda imposibilitado dicho órgano para conocer de las cuestiones civiles a las que se refiere el art. 87 ter, 2 y 3 de la LOPJ, y ello con independencia de que, con anterioridad, ese mismo juzgado hubiese dictado una orden de alejamiento contra el cónyuge de la actora, pues dicha orden, al parecer, ya no está vigente ya que la misma lo estuvo, según se indica en el Auto de 19/07/2021, "mientras dure el procedimiento", que como ya se ha indicado, ha concluido. Y tampoco puede plantearse una competencia por antecedentes al haber dictado el citado órgano judicial un Auto el 20/10/2021 concediendo la custodia de los menores a la madre y prohibiendo la salida de los mismos del territorio nacional pues el citado auto fue dictado en un procedimiento de medidas cautelares urgentes y atendiendo a las circunstancias concurrentes en ese momento y a una situación de riesgo.

Por todo lo anterior debe confirmarse la abstención que, por falta de competencia objetiva, efectúa el juzgador de instancia respecto a las presentes actuaciones.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Filomena frente al Auto de fecha 26/01/2022 dictado en las presentes actuaciones, el cual se revoca en el sentido de declarar la competencia de los tribunales españoles para conocer de la presente demanda de julio de divorcio interpuesta por la misma, confirmando la resolución recurrida respecto a la falta de competencia objetiva del Juzgado de Violencia contra la mujer. No se hace condena en costas.

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso alguno.

Dese al depósito el destino legalmente previsto, en el caso de haber sido constituido.

Comuníquese telemáticamente la presente resolución, una vez firme, al Juzgado de origen para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestro Auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.