ADMINISTRACION DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1
OURENSE

AUTO: 00138/2023

Modelo: N10300
PLAZA CONCEPCIÓN ARENAL, Nº 1, 4ª PLANTA
32003 OURENSE

Teléfono: 988 687057/58/59/60 **Fax:** 988 687063
Correo electrónico: seccion1.ap.ourense@xustiza.gal

Equipo/usuario: MP

N.I.G. 32019 41 1 2022 0000188
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000051 /2023
Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de O CARBALLIÑO
Procedimiento de origen: DCT DIVORCIO CONTENCIOSO 0000080 /2022

Recurrente: [redacted]
Procurador: MARIA GONZALEZ NESPEREIRA
Abogado: ROMAN ARIAS FRAIZ
Recurrido: MINISTERIO FISCAL, [redacted]
Procurador: , ISABEL MONICA QUINTAS RODRIGUEZ
Abogado: , JAIME LUIS FERNANDEZ MARTINEZ

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Sras. magistradas Doña. Ángela Domínguez-Viguera Fernández, Presidente, doña María José González Movilla, doña María Pilar Domínguez Comesaña y doña Laura Guede Gallego, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, el siguiente

A U T O NÚM. 138/2023

En la ciudad de Ourense a once de julio de dos mil veintitrés.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de divorcio (cuestión de competencia internacional) n.º 80/2022 procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º1 de O Carballiño, rollo de apelación n.º 51/2023, entre partes, como apelante, Dña. [redacted], representada por la procuradora Dña. María González Nespereira, bajo la dirección del letrado D. Ramón Arias Fraiz, y, como apelado, [redacted], representado por la procuradora Dña. Isabel Mónica Quintas Rodríguez, bajo la dirección del letrado D. Jaime Luís Fernández Martínez. El Ministerio Fiscal presentó escrito oponiéndose al recurso.

Es ponente la magistrada doña Laura Guede Gallego.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de O Carballiño dictó auto en las referidas actuaciones, en fecha 9 de junio de 2022, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "PARTE DISPOSITIVA: ACUERDO que este órgano judicial tiene competencia internacional para conocer de la demanda presentada por D. [redacted]

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

[redacted] frente a Dña. [redacted]lez [redacted]".

Segundo.- Notificado el anterior auto a las partes, se interpuso por la representación de Dña. [redacted], recurso de apelación en ambos efectos, oponiéndose al mismo D. [redacted] y el MINISTERIO FISCAL y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial para su resolución.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de D. [redacted] se formuló demanda de divorcio frente a Dña. [redacted] en fecha 25 de febrero de 2022, interesando la disolución del matrimonio y la adopción de medidas relativas exclusivamente al divorcio. Ante la ausencia de petición respecto de las medidas que afectaban al hijo menor, requerido por el juzgado presenta escrito en fecha 16 de marzo de 2022 interesando las medidas que deberían afectar al menor (custodia, visitas y pensión). En dicha demanda no

menciona ni el lugar de residencia del menor, ni el lugar del último domicilio del matrimonio, ni tan siquiera el lugar de residencia de la demandada, estableciendo un domicilio en O Irixo a efectos de notificaciones, y tampoco menciona la existencia de ningún tipo de procedimiento judicial entre las partes.

En fecha 24 de abril de 2022 formula contestación a la demanda el Ministerio Fiscal, presentando escrito la representación procesal de Dña. [redacted] en fecha 22 de abril de 2022, donde comunica la existencia de resoluciones dictadas en Suiza, lugar de residencia de la demandada y del menor fruto de la relación matrimonial, solicitando la falta de competencia internacional y la litispendencia internacional.

Mediante auto de fecha 9 de junio de 2022, aplicando el Reglamento de la unión Europea 2201/2003 la juez considera que existe competencia del órgano judicial para conocer del asunto, y entiende que no existe litispendencia por cuanto las resoluciones dictadas en Suiza considera que no ha acreditado la demandada que exista un procedimiento abierto.

Frente a ello se alza la demandada considerando que debe prevalecer el interés superior del menor, que existe fraude de Ley, incongruencia omisiva por no aplicar el artículo 8 del Reglamento de la Unión Europea 1259/2010 y por la existencia de litispendencia internacional conforme al artículo 37

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

de la Ley 29/2015 de 30 de julio de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.

La parte demandante se opone al recurso presentado interesando la confirmación de la resolución recurrida. El Ministerio Fiscal también se opone al recurso e interesa se mantenga el auto.

SEGUNDO.- En cuanto a la jurisdicción de los Juzgado y Tribunales españoles, establece el artículo 36 de la LEC que *"1. La extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. 2. Los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Cuando se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público. 2.ª 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. 3.ª Cuando no comparezca el demandado emplazado en debida forma, en los casos en que*

la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes". Y el artículo 21 de la LOPJ dispone que *"1. 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. 2. No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público".*

En primer lugar, y en cuanto a que no se hubiera planteado en forma la falta de competencia internacional, como una declinatoria. El artículo 38 de la LEC determina que *"La abstención a que se refieren los dos artículos precedentes se acordará de oficio, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, tan pronto como sea advertida la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional."*. Es cierto que la regla general es que la falta de competencia de los tribunales españoles sólo se puede apreciar a instancia de la parte demandada, mediante declinatoria deducida en tiempo y forma, y no cabe apreciarse de oficio cuando el demandado emplazado comparecen en debida forma, y

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, si el demandado realiza cualquier actuación procesal distinta de proponer en forma la declinatoria como incidente de previo pronunciamiento, se considera que existe sumisión tácita, al no plantearse en forma la excepción declinatoria, pero ello sólo es aplicable en defecto de instrumento internacional aplicable para determinar la falta de competencia. En este sentido, el concepto de comparecencia del reglamento 44/2001(o del convenio de Bruselas y de Lugano) es distinto al establecido en la Ley de Enjuiciamiento civil. Por lo tanto, la comparecencia del demandado realizada para impugnar la competencia judicial internacional del tribunal no implica sumisión tácita Por su parte. Tampoco hay sumisión tácita si el demandado impugna la competencia judicial internacional y hace valer, también, una defensa subsidiaria sobre el fondo del asunto o una demanda reconvencional subsidiaria (STJE 24/06/1981; STJCE 31/03/1982; TJCE 14/07/1983, STS 29/09/2005).

TERCERO.- De lo transcrito se desprende que nos encontramos en un supuesto de conflicto internacional, toda vez que en Suiza se han dictado hasta la fecha varias resoluciones (sentencia de separación de fecha 25/05/2021; sentencia de violencia de género de 08/03/2022).

Parte el auto recurrido a la hora de determinar la competencia o no, con carácter internacional del Reglamento 2201/2003, Reglamento de la Unión Europea relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Efectivamente, si ambos estados implicados perteneciesen a la Unión Europea ese sería el instrumento internacional que debería tenerse en cuenta a la hora de resolver el litigio. Sin embargo en el presente caso, el demandante reside en un país de la Unión Europea (España), pero tanto la demandada como el hijo común de ambos residen en Suiza, por lo que debe aplicarse el Convenio de la La Haya de 19 de Octubre de 1996, relativo a la competencia de la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de Responsabilidad parental y de medidas de protección de los Niños. El artículo 5 le he dicho convenio que termina competente y establece que "*las autoridades, tanto judiciales como administrativas del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes"* y en su punto segundo el, el referido artículo dispone "*… en caso de cambio de la residencia del niño a otro estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual"*. Se basa el Convenio en la idea

fundamental de la protección de los menores y el interés superior del mismo. Carece de lógica pensar que la demanda sea tramitada por un juzgado en el que no están ni la demandada ni el menor, ya que la realización de las pruebas necesarias para determinar el modo de llevar a cabo las visitas, los necesarios informes a remitir no solo por el centro escolar sino por los servicios sociales, pertenecen a una localidad extranjera.

Así mismo, en materia de alimentos es aplicable el Convenio de Lugano de 15 de octubre de 2007 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, cuyo artículo 5 en relación a la competencia judicial, y relativa a competencias especiales determina que podrá presentarse la demanda:

"a) ante el tribunal del lugar del domicilio o de la residencia habitual del acreedor de alimentos:

b) si se trata de una demanda incidental a una acción relativa al estado de las personas, ante el tribunal competente según la ley del foro para conocer de esta salvo que tal competencia se fundamente exclusivamente en la nacionalidad de una de las partes, o

c) si se trata de una demanda incidental a una acción relativa a la responsabilidad parental ante el tribunal competente según la ley del foro para

conocer de esta salvo que tal competencia se fundamente sucesivamente la nacionalidad de una de las partes".

El propio convenio contempla en su artículo 27 el supuesto de que se hayan presentado dos demandas sobre el mismo objeto en dos estados diferentes:

"Cuando se formularen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante tribunales de diferentes Estados vinculados por el presente Convenio, el tribunal ante el que se formulare la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el tribunal ante el que se interpuso la primera.

2. Cuando el tribunal ante el que se interpuso la primera demanda se declara el competente, el tribunal ante el que se interpuso la segunda se inhibirá en favor de aquél".

Es más que evidente que el Tribunal de Suiza ya se ha declarado competente, por cuanto ya existen resoluciones dictadas que afectan a las medidas que deben regir la relación de los progenitores con el menor, en cuanto ya existe una sentencia que resuelve la crisis matrimonial, acordando la separación entre las partes. El Sr. [redacted] no acredita en este procedimiento que haya formulado ningún tipo de cuestión sobre la competencia o declinatoria (es más, inicialmente no hace mención alguna a la existencia

de procedimientos ante los tribunales suizos), ante el Tribunal Suizo.

CUARTO.- La Ley 29/2015 de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil regula en el Titulo IV la litispendencia y la conexidad internacional, considerando en su artículo 37 que un proceso estará pendiente desde el momento de la interposición de la demanda, si después es admitida. El artículo 39 establece que *"1. Cuando exista un proceso pendiente con idéntico objeto y causa de pedir, entre las mismas partes, ante los órganos jurisdiccionales de un Estado extranjero en el momento en que se interpone una demanda ante un órgano jurisdiccional español, el órgano jurisdiccional español podrá suspender el procedimiento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio fiscal, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:*

a) que la competencia del órgano jurisdiccional extranjero obedezca a una conexión razonable con el litigio. Se presumirá la existencia de una conexión razonable cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en mi criterios equivalentes a los previstos en la legislación española para ese caso concreto.

b) Que sea previsible que el órgano jurisdiccional extranjero dicte una resolución susceptible de ser reconocida en España.

c) Y que el órgano jurisdiccional español considere necesaria la suspensión del procedimiento en aras a la buena administración de Justicia

(....)

3. El órgano jurisdiccional español pondrá fin al proceso y archivará las actuaciones si el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro estado ha concluido con una resolución susceptible de reconocimiento y, en su caso, de ejecución en España."

En el artículo 40 regula lo relativo a las demandas conexas, estableciendo que se considerarán conexas las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas estrujarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones inconciliables. En el punto segundo de este artículo establece *"cuando exista un proceso pendiente ante los órganos jurisdiccionales de un estado extranjero en el momento en que se interpone ante un órgano jurisdiccional español una demanda conexa, este último podrá, a instancia de parte, y previo informe del Ministerio fiscal, suspender el proceso siempre que se cumplan los siguientes requisitos:*

a) *que sea conveniente hoy y resolver conjuntamente las demandas conexas para evitar el riesgo de resoluciones inconciliables.*
b) *Que sea previsible que el órgano jurisdiccional del Estado extranjero dicte una resolución susceptible de ser reconocida en España.*
c) *Y que el órgano jurisdiccional español considere necesaria la suspensión del proceso en aras de la buena administración de Justicia.*

Los Tribunales suizos se han considerado competentes para el conocimiento de las medidas que

debe regir la crisis matrimonial surgida entre las partes, por cuanto ya se ha dictado una resolución en la que se ha acordado la separación de los cónyuges y se han establecido unas medidas que afectan a la relación paterno filial, procedimientos en los que el ahora demandante a puesto en conocimiento el Auto dictado y que no ha motivado, que estos no se considerasen competentes. Se acredita, con la documentación existente que existe un procedimiento abierto en Suiza, donde la relación de conexión es evidente, por cuanto en el procedimiento incoado ante los Tribunales españoles se pretende la adopción de medidas que afectan al menor, las cuales ya han sido establecidas por un tribunal de Suiza. Es evidente, atendiendo a la normativa internacional aplicable y a la Ley de cooperación jurídica internacional, que la resolución que se dicte y ponga fin al procedimiento en suiza es susceptible de ser reconocida en España.

Dispone el artículo 11 de la LOPJ que *"1.En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.*

2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

3. Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes."

Es evidente que el Sr. [redacted] era pleno conocedor de las resoluciones dictadas en Suiza, así como de la realidad de que tanto su hijo como la madre del menor continúan residiendo, cuestiones que no pone en conocimiento del Juzgado en el momento en el que presenta la demanda, máxime cuando ha sido el propio demandante quién ha recurrido la resolución dictada en Suiza. Se limita a tener en cuenta las normas españolas, pero no hace referencia a los tratados internacionales existentes, pretendiendo con la demanda presentada, que se dicten dos resoluciones distintas en dos estados distintos y intentando provocar que las resoluciones dictadas en Suiza no puedan ser reconocidas en España.

El artículo 65.2 de la LEC determina que si el tribunal entendiese que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado, lo declarará así

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso.

Por todo lo expuesto, debe estimarse el recurso presentado, por cuanto consideramos que la competencia internacional corresponde a los tribunales Suizos, existiendo litispendencia internacional para conocer del divorcio presentado.

QUINTO.- Dada la especial naturaleza de los intereses en conflicto, no se hace expreso pronunciamiento en costas.

III - PARTE DISPOSITIVA

La Sala Acuerda: Ha lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dña. [redacted] contra el Auto, dictado el 9 de junio de 2022 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de O Carballiño en autos de divorcio n.º 80/22, rollo de Sala n.º 51/2023, cuya resolución se revoca y en su lugar se acuerda declarar la falta de competencia internacional de los tribunales españoles y la existencia de litispendencia internacional para conocer del divorcio entre Dña. [redacted] y D. [redacted], sobreseyendo el proceso .

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

Así por este auto, del que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.