



Roj: STS 5153/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5153
Id Cendoj: 28079119912015100043
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Recurso: 2088/2014
Nº de Resolución: 625/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Noviembre de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, como consecuencia de autos de juicio ordinario 208/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº uno de Gernika-Lumo, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Blanca , representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don José Jaime Llamazares Modino y posteriormente el procurador de oficio don Juan Manuel Caloto Carpintero; siendo parte recurrida don Jesús , representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús Cezón Barahona. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Irune Gorroñoi Mentxaka, en nombre y representación de doña Blanca , interpuso demanda de juicio de divorcio, contra Jesús y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare:

- a) El divorcio del matrimonio formado por doña Blanca y don Jesús .
- b) La atribución de la guarda y custodia de la hija menor a la madre. La patria potestad continuará siendo compartida.
- c) El establecimiento de un régimen de visitas a favor del padre, consistente en fines de semana alternos y vacaciones escolares por mitad.
- d) Los padres no podrán llevarse al menor fuera del país, sin la expresa y escrita autorización de ambos.
- e) El padre abonará en concepto de pensión alimenticia para el menor, el 20% de sus ingresos con un mínimo de 200,00 €, así como la mitad de los gastos extraordinarios. Se adjudique la vivienda familiar a la hija y a la madre.
- g) Cada cónyuge abonará la mitad de los gastos correspondientes a la propiedad de la vivienda común, correspondiendo los derivados de uso a la demandante, como usuaria de la vivienda. Todo ello con expresa imposición de las costas al demandado, si se opusiera.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- La procuradora doña Miren Maite Albizu Orbe, en nombre y representación de don Jesús , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado se proceda al archivo definitivo del presente procedimiento.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº uno de Gernika-Lumo dictó sentencia con fecha 18 de marzo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

Que ESTIMAR la demanda interpuesta por Doña. Blanca presentada contra su esposo el Sr Jesús DEBO ACORDAR Y ACUERDO la disolución por divorcio del matrimonio formado por Doña. Blanca y el Sr. Jesús , con todos los efectos legales inherentes a tal disolución. En consecuencia se declara disuelto el régimen económico matrimonial.

Así mismo acordar, en relación a la hija menor habida en el matrimonio de ambos,

La patria potestad se ejercerá de forma conjunta por ambos progenitores.

La guarda y custodia de la menor ha de atribuirse a la madre. Sin pernoctar con el progenitor habida cuenta de que carece, por el momento de lugar donde vivir

El padre podrá estar en compañía de su hija menor los fines de semana alternos desde las 12:00 horas del sábado hasta el domingo a las 19:30 horas, recogiendo y reintegrando al menor en el domicilio materno.

Los miércoles, desde la salida del centro escolar, hasta las 20:30 horas.

La mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa y Navidad, que se dividirán por mitad, correspondiendo a la madre la elección los años pares y al padre los impares.

La mitad de las vacaciones escolares, que se dividirán por mitad, correspondiendo a la madre la elección los años pares y al padre los impares.

Las vacaciones de verano se dividirán en dos meses, julio y agosto, correspondiendo la estancia de los menores cada mes con un progenitor, en defecto de acuerdo elegirán de la forma antes indicada

Durante la estancia de los menores con el progenitor custodio en cada momento, cada progenitor podrá ponerse en contacto con los menores, siempre que no se altere el descanso de aquellos, antes de las 22:00 horas.

La menor no podrá abandonar el país sin el previo consentimiento de ambos progenitores que deberá otorgarse por escrito.

La vivienda familiar, sita en la Calle CAMINO000 , NUM000 , NUM001 , de Gernika, Bizkaia, deberá ser otorgada la menor y a la progenitora en cuya custodia ha de quedar, debiendo abonar los progenitores la hipoteca y los gastos derivados de la propiedad por mitad y la progenitora los gastos de uso que se deriven de la misma.

Se establece la obligación de Sr. Jesús de abonar en concepto de alimentos a favor de su hija suma de 200 euros mensuales, que se actualizará conforme al incremento que experimente el IPC que publica el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial que en su caso le sustituya tomando como referencia el mes de presentación del escrito de solicitud, dicha cantidad se abonará dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta de la entidad bancaria que al efecto señale la madre; así mismo el padre se hará cargo del 50% de los gastos extraordinarios de la hija menor común previa acreditación de su necesidad.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Jesús . La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, dictó sentencia con fecha 27 de septiembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO:

Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Jesús contra la Sentencia dictada por la UPAD de Primera Instancia e Instrucción n° 1 de Gernika en el procedimiento de divorcio n° 208/12 del que este rollo dimana, revocamos dicha resolución; y, desestimando la demanda promovida por doña Blanca declaramos no haber lugar a declarar la disolución del matrimonio contraído con el antedicho recurrente; no se efectúa singular imposición de las costas habidas en el recurso.

Devuélvase a Jesús el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** la representación de doña Blanca con apoyo en los siguientes **MOTIVO: PRIMERO.-** Al amparo del artículo 469.1 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de los artículos 410 y 411 de dicha Ley . **SEGUNDO.-** Al amparo del artículo 469 1.2. de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 218.2. de dicha Ley , en relación con los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (1881) y la jurisprudencia que los interpreta.

Formula asimismo **recurso de casación** que se basa en el siguiente **MOTIVO: ÚNICO.-** Al amparo del artículo 477.2. 3º por infracción de los artículos 7.1 . y 2 del Código Civil y 11.2. de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la jurisprudencia que lo interpreta y se cita en el desarrollo del motivo.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 20 de mayo de 2015 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña María Jesús Cezón Barahona, en nombre y representación de don Jesús , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando su admisión.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para PLENO DE LA SALA el día 28 de octubre de 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Jose Antonio Seijas Quintana**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Blanca , casada con don Jesús , formuló demanda de divorcio con solicitud de guarda y custodia de la hija menor habida en común, Ángeles , nacida en Gernika el NUM002 de 2009, y alimentos en favor de la misma. La demanda se presentó ante el Decanato de los Juzgados de Gernika el día 29 de mayo de 2012. La Sra. Blanca había nacido en Moldavia y había adquirido posteriormente la nacionalidad rumana. Su marido tenía la nacionalidad moldava y ambos tenían el domicilio familiar en Gernika.

En trámite de contestación a la demanda, el esposo aportó una sentencia de divorcio dictada con fecha de 26 de octubre de 2012 por el Tribunal de Riscani en Moldavia, en la que se declaraba el divorcio del matrimonio y otorgaba al padre la guarda y custodia de la hija menor. En el mismo escrito de contestación se refiere que la demanda de divorcio fue presentada con fecha 18 de julio de 2012, y que se designó como domicilio de la esposa para su emplazamiento el que tenía registrado en la localidad de Chisinau de la República de Moldavia.

El Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Gernika-Lumo dictó sentencia con fecha 18 de marzo de 2013 , en la que estimó la demanda de divorcio interpuesta por la esposa y atribuyó a ésta de la guarda y custodia de la hija en común, al elevar a definitivas las medidas previamente acordadas.

Se argumenta que la sentencia del Tribunal moldavo *"no tiene efectos en España porque no se ha solicitado el exequátur. El mismo si quiera ha sido instado por el demandado. En tanto la sentencia no sea válida es lícito dictar la presente para salvaguardar los derechos de los menores y los progenitores. Se desconoce si la sentencia es firme "*. Añade, asimismo, que el esposo ha actuado de mala fe, con clara intención de evitar los tribunales españoles y someter a la demandante a un proceso en el que no podía defenderse, al haber designado como domicilio de la esposa en Moldavia, pese a ser obviamente conocedor de que su esposa no residía en aquél país desde que, al menos, se casó con él, residiendo primero en Rumania y fijando luego su residencia en Gernika.

La Audiencia Provincial revocó la sentencia. Dice lo siguiente: *"la jurisdicción española se encuentra con la barrera infranqueable de no poder declarar el divorcio en el presente caso, ya que se le acredita que el matrimonio está ya divorciado mediante sentencia firme (e incluso inscrita en el registro correspondiente) dictada con anterioridad por la jurisdicción de otro país; es inútil analizar si, conforme a la legislación procesal moldava, los Juzgados de dicho país ostentan o no competencia territorial para resolver el asunto, ya que en ningún momento se ha planteado una cuestión de competencia internacional ni tampoco se ha solicitado la declaración de nulidad, por cualquier motivo, de la Sentencia dictada por un Juzgado de Chisinau (Moldavia), el 26 de Octubre de 2012 . En su consecuencia, procede aplicar "sensu contrario" el artículo 85 del Código Civil en el sentido que no es posible disolver por divorcio un matrimonio ya inexistente"*.

Rechaza también la invocación de mala fe por parte del Sr. Jesús . La mala fe, señala, hay que acreditarla, lo que no se ha hecho. El Sr. Jesús , como ciudadano de Moldavia, tenía en principio perfecto derecho de acudir a la jurisdicción de su país para obtener el divorcio de la Sra. Blanca , *" sin que se haya demostrado que el ejercicio legítimo de tal derecho haya ocasionado un perjuicio directo a dicha señora"*.

Doña Blanca ha formulado un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación. A ambos recursos se ha adherido el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- En los dos se plantea, como cuestión principal, la eficacia ante un tribunal español de una sentencia dictada por un tribunal extranjero que no ha sido objeto de reconocimiento a través del procedimiento de exequátur establecido al efecto.

En el primer recurso -infracción procesal- se formulan dos motivos.

En el primero se dicen vulnerados los artículos 410 y 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque cuando la sentencia desestima la demanda por considerar que los cónyuges estaban divorciados, está infringiendo la litispendencia fijada en los artículos invocados, ya que en el momento en que se formuló la demanda, admitida después a trámite, no lo estaban. El recurrido no ha pretendido el reconocimiento de la sentencia dictada por el tribunal moldavo por medio del procedimiento establecido en la legislación para ello sino que se ha limitado a solicitar su reconocimiento y consiguiente efecto de cosa juzgada material. En el segundo, la infracción viene referida a los artículos 218.2, en relación con los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la jurisprudencia que los interpreta, porque se ha obviado totalmente el trámite del exequátur para que una sentencia extranjera obtenga la pertinente homologación que permita su eficacia y reconocimiento en España.

En el segundo recurso -casación- se formula un motivo único por infracción de los artículos 7.1 y 2 del Código Civil y 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la jurisprudencia que los interpreta, por la mala fe del esposo que conocía la demanda interpuesta por la esposa así como su domicilio en España, que ocultó de propósito para obtener una sentencia favorable.

Los dos van a ser analizados conjuntamente para estimarlos.

1.- Es cierto que la litispendencia es determinante de la permanencia de los presupuestos que configuran la jurisdicción y la competencia del tribunal, con arreglo a los que inició su tramitación, de forma tal que una variación en la misma no permite la revisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 411 LEC, a cuyo tenor «[l]as alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia» (STS 9 de mayo 2013).

Ahora bien, la litispendencia tiende a evitar que sobre una misma controversia se sigan procedimientos paralelos entre los órganos jurisdiccionales de distintos estados y la incompatibilidad entre resoluciones que de ello podría derivarse, y es lo cierto que cuando se dicta en España la sentencia de divorcio no existía un litigio en tramitación. Lo que existía es un proceso de divorcio definitivamente resuelto por sentencia dictada en Moldavia, inscrita incluso en el registro correspondiente, por lo que el problema no deriva de una tramitación paralela del proceso, sino de la eficacia que dicha resolución pudiera tener en España a través del correspondiente exequátur, que no ha sido postulado.

2.- La República de Moldavia no es parte de la Unión Europea, en consecuencia no resulta de aplicación el 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000, con el que se pretende adoptar unos criterios que fortalezcan la protección de las personas establecidas en los países de la Unión y facilitar el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales, evitando los riesgos de incompatibilidad, que constituyen motivo de denegación, según el artículo 22 .

3.- No existe convenio bilateral del Reino de España con la República de Moldavia, que tampoco ha suscrito el 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, y que España ratificó el 6 de septiembre de 2010, con entrada en vigor el 1 de enero de 2011.

4.- En consecuencia, el reconocimiento de esta sentencia extranjera en nuestro país habría requerido acudir al procedimiento de exequátur regulado en los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vigente en el momento de los hechos, y regulado en la actualidad en la ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, que entró en vigor el 30 de agosto de 2015, en la que se permite el reconocimiento incidental, no previsto en la regulación anterior, con efectos limitados al pleito principal (artículo 44.2.1).

5.- El cualquier caso, la sentencia moldava no se hubiera podido reconocer en nuestro país por infringir el orden público procesal al no haberse respetado los derechos de defensa de la demandada, por cuanto la resolución fue dictada en rebeldía de la demandada a la que no se entregó cédula de emplazamiento o documento equivalente (artículos 954.2 LEC 1881 y 46 b) Ley 29/2015).

Resulta conveniente recordar la reiterada doctrina que esta Sala ha venido perfilando en torno al requisito establecido en el ordinal 2º del artículo 954, y así, precisar que son diversas las clases de rebeldía en que puede calificarse la ausencia del demandado en el proceso seguido en el Estado de origen, como diferentes son también los efectos que una u otra han de producir en el ámbito del procedimiento de exequátur, diversidad de la que ya el Auto de esta Sala de 28 de mayo de 1985 se hacía eco, distinguiendo entre la rebeldía por convicción -quien no comparece por estimar incompetente al Tribunal-, la rebeldía a la fuerza -por falta de citación-, y la rebeldía por conveniencia, propia de quien, no obstante haber sido citado y emplazado en forma, y conociendo la existencia del procedimiento, no acude ante el Tribunal que le convoca (en el mismo sentido, AATS 13-6- 88 y 1-6-93 , y STC 571/86, de 15 de abril de 1986).

Este criterio diferenciador, como recuerda el auto de 14 de febrero de 2006, se ha mantenido invariablemente en la doctrina de esta Sala a la hora de verificar el cumplimiento de los presupuestos a los que se subordina la eficacia de las sentencias extranjeras, que en este punto se encuentra asimismo supeditada al respeto al orden público, en su vertiente procesal, que en sentido internacional ha de entenderse referido al respeto a los derechos y garantías de esta naturaleza consagrados constitucionalmente; criterio ya tradicional que aparece también recogido en el Reglamento (CE) 2201/2003 y que está dirigido a todas las autoridades públicas, Jueces y Tribunales, que no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los requisitos esenciales, por formar parte del orden público del foro, como es la rebeldía del demandado, al no respetar las garantías de audiencia y defensa en el proceso de origen.

6.- Ocurre en este caso que el demandado, tras haber recibido el emplazamiento para contestar la demanda de divorcio formulada en España, se trasladó a Moldavia donde inició un nuevo procedimiento de divorcio. A la Sra. Blanca se la cita en el municipio de Chisinau, en la Republica de Moldavia, teniendo tanto ella como su marido la residencia en Gernika al tiempo de formularse la demanda, lo que propició que la esposa desconociera la existencia del procedimiento seguido en dicho país y no pudiera acceder a él para ejercitar su derecho de defensa. Y lo que no resulta aceptable desde una perspectiva estrictamente jurídica es que la sentencia de la Audiencia reconozca la competencia territorial de los juzgados de Gernika porque ambos esposos tenían su domicilio habitual en España al tiempo de la demanda, y niegue que exista mala fe del demandado, porque no hay prueba de que haya actuado de esta forma, y porque como ciudadano moldavo tenía derecho a acudir a la jurisdicción de su país, " *sin que el ejercicio legítimo de tal derecho haya ocasionado algún perjuicio directo a dicha señora* ". Sin duda resulta equivocada la apreciación de la Sala sentenciadora. Mala fe hay en quien con clara intención de evitar los tribunales españoles acudió a su país a formular una demanda de divorcio conociendo que en España se estaba tramitando la demanda de divorcio de su esposa, y sometió a la recurrente a un proceso en el que no pudo defenderse. Ignora además qué clase de procedimiento es el que se ha seguido en ambos países y olvida que la conducta de uno de los litigantes ha impedido una resolución contradictoria sobre el mejor interés de la hija menor de edad del matrimonio en permanecer bajo la custodia de uno u otro progenitor.

TERCERO.- Consecuencia de lo razonado es la estimación de ambos recursos y, asumiendo la instancia, se ratifica en su integridad la sentencia del juzgado; sin expresa condena en cuanto a las costas del Juzgado e imponiendo las de la apelación al recurrente; sin hacer especial declaración de las causadas por los recursos formulados (artículos 394 y 398 LEC).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º Estimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por la representación procesal de doña Blanca , contra sentencia de 27 de septiembre de 2013 de la Audiencia Provincial de Vizcaya -Sección 13 -, que casamos-.

2º Confirmamos la sentencia dictada en primera instancia con fecha 18 de marzo de 2013, en autos de juicio de divorcio núm. 208/2012 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Gernika-Lumo .

3º No se hace expresa condena en cuanto a las costas de la Primera Instancia; se imponen las causadas en apelación a la parte recurrente y no se hace especial declaración de las originadas por los recursos formulados.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas Ignacio Sancho Gargallo. Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena. Eduardo Baena Ruiz. Pedro Jose Vela Torres. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Jose Antonio Seijas Quintana**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ