



Roj: **AAP SS 701/2021 - ECLI:ES:APSS:2021:701A**

Id Cendoj: **20069370022021200093**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **2**

Fecha: **11/06/2021**

Nº de Recurso: **2303/2021**

Nº de Resolución: **89/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FELIPE PEÑALBA OTADUY**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA. SECCIÓN SEGUNDA - UPAD

ZULUP - GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIKO BIGARREN ATALA

SAN MARTIN, 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

TEL.: 943-000712 **Fax/ Faxes:** 943-000701

Correo electrónico/ Helbide elektronikoa: audiencia.s2.gipuzkoa@justizia.eus /
probauzitegia.2a.gipuzkoa@justizia.eus

NIG PV / IZO EAE: 20.06.2-19/001299

NIG CGPJ / IZO BJKN :20045.42.1-2019/0001299

Recurso apelación familia LEC 2000 / Familia; apelazio-errekurtsoa; 2000ko PZL 2303/2021 - R

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 4 de Irun - UPAD / ZULUP - Irungo Lehen Auzialdiko eta Instrukzioko 4 zenbakiko Epaitegia

Autos de Divorcio contencioso 154/2019 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Ana María y MINISTERIO FISCAL

Procurador/a/ Prokuradorea: JUDITH MARTINEZ GARMENDIA

Abogado/a / Abokatua: JESUS JOSE LUIS ESTEVEZ UGALDE

Recurrido/a / Errekurritua: Ruperto

Procurador/a / Prokuradorea: OSCAR MEJIAS ABAD

Abogado/a/ Abokatua: JUAN CARLOS MORILLO ROLDAN

A U T O N.º 89/2021

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

MAGISTRADO: D. IÑIGO SUAREZ ODRIOZOLA

MAGISTRADO: D. FELIPE PEÑALBA OTADUY

MAGISTRADA: D.ª BEATRIZ HILINGER CUELLAR

LUGAR: Donostia / San Sebastián

FECHA: Once de junio de dos mil veintiuno

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Irún se dictó auto de fecha 11 de noviembre de 2020, cuya parte dispositiva dice así:

"Se acuerda el archivo de las presentes actuaciones, en aras a salvaguardar los principios de seguridad jurídica y buena fe procesal."

SEGUNDO.- Por la representación procesal de Dña. Ana María , se interpuso recurso de apelación contra el auto de fecha 11 de noviembre de 2020 dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Irún. Admitido dicho recurso se elevaron los autos a este Tribunal, señalándose día para Votación y Fallo el 7 de junio de 2021.

TERCERO.- Ha sido Ponente en esta instancia el Ilmo. Sr. Magistrado D. Felipe Peñalba Otaduy.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de D^a Ana María , de **nacionalidad** española, adquirida por residencia en virtud de resolución de la DGRN de fecha 7 de febrero de 2015, y residente en la localidad de Irún, interpuso con fecha 29 de mayo de 2019 una demanda de divorcio contra D. Ruperto , de **nacionalidad** española, adquirida por residencia en virtud de resolución de la DGRN de fecha 26 de mayo de 2008, y residente también en la localidad de Irún.

Tras ser admitida a trámite la demanda por decreto de 29 de mayo de 2019 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Irún, y seguidos sus trámites hasta la contestación a la demanda, en la que la representación del Sr. Ruperto alegó la excepción de cosa juzgada por haberse dictado por el Tribunal de Primera Instancia de Tánger sentencia de divorcio del matrimonio el 11 de junio de 2019, dicho órgano judicial acordó por auto de 11 de noviembre de 2020 el archivo de los autos "en aras a salvaguardar los principios de seguridad jurídica y buena fe procesal".

La representación de la Sra. Ana María interpone recurso de apelación contra el citado auto solicitando su revocación y que se acuerde la prosecución de las actuaciones por sus trámites.

La parte apelante alega como motivo de recurso la infracción del art.28 del Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 con base en las consideraciones que, en síntesis, son las siguientes:

1.- El Sr. Ruperto ha incumplido los apartados 2, 3 y 4 del art 28 del citado convenio al no haber presentado el original del documento de notificación de la resolución, ni la certificación del secretario del tribunal que haga constar que la resolución no ha sido objeto de recurso, ni de apelación, ni copia certificada conforme de la citación hecha a la parte que haya sido condenada en rebeldía.

2.- El Sr. Ruperto obra con fraude procesal ya que, es español por residencia, y manifestó ante el tribunal marroquí que su esposa le había demandado y solicitado el divorcio en España señalando como domicilio de la Sra. Ana María en Marruecos un domicilio falso, sabedor de que el domicilio de ésta se localiza en Irún. No se le ha notificado a la Sra. Ana María ninguna citación para la celebración de una sesión de conciliación en el procedimiento marroquí, ni se le ha entregado cédula de citación alguna, lo que le ha ocasionado indefensión con infracción del art.46.1 b) de la Ley 29/2015, de 30 de julio.

3.- La jurisdicción competente es la española y los elementos de conexión son con España. Una eventual competencia del tribunal marroquí debería tenerse por exorbitante. Ambos cónyuges tienen la **nacionalidad** española y su domicilio en España. Los tres hijos del matrimonio son españoles, tienen su domicilio desde hace años y están escolarizados en España. La Sra. Ana María trabaja en España.

La representación del Sr. Ruperto se opone al recurso de apelación interpuesto y solicita su íntegra desestimación con expresa condena en costas a la demandante.

El Ministerio Fiscal se adhiere al recurso de apelación interpuesto y solicita que se deje sin efecto el auto recurrido y se acuerde la continuación del procedimiento.

SEGUNDO.- La competencia de los tribunales españoles para conocer de la demanda de divorcio formulada no es discutida y resulta evidente dado que ambos cónyuges tienen la **nacionalidad** y residencia española (art. 3 b) del Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003).

Por otra parte, aunque la resolución impugnada desestima la excepción de cosa juzgada alegada por la dirección letrada del Sr. Ruperto , y dicho pronunciamiento no ha sido impugnado por éste, nos encontramos ante una cuestión de naturaleza procesal que debe ser examinada de oficio (así, entre otras, SSTS nº 417/2018, de 3 de julio, y nº 460/2020, de 3 de septiembre).



El art. 222.1 LEC dispone que "La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo".

Ahora bien, para que la sentencia de divorcio dictada por el tribunal marroquí pueda tener eficacia de cosa juzgada es preciso que la misma tenga fuerza ejecutiva en España, tal y como exige el art. 523 LEC.

En principio, las resoluciones dictadas por las autoridades marroquíes son eficaces sólo en el territorio de Marruecos y no en el territorio de otros estados, solo vinculan a las autoridades públicas de Marruecos y no a las autoridades españolas. Para que las resoluciones marroquíes tengan eficacia extraterritorial deberá acudirse a las normas sobre reconocimiento y ejecución en territorio español de resoluciones extranjeras.

La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIC) constituye un marco general de regulación de los efectos jurídicos en España de todas las decisiones judiciales extranjeras.

De conformidad con el art. 2 LCJIC la cooperación jurídica civil se rige en primer término por los tratados internacionales en los que España sea parte (y que conforme al art. 96.1 de la Constitución forman parte del ordenamiento jurídico).

El Reino de España y el Reino de Marruecos suscribieron el 30 de mayo de 1997 un Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa, publicado en el BOE de 25 de junio de 1997, cuyo título III tiene por objeto el reconocimiento y ejecución, entre otros, de las resoluciones judiciales.

De acuerdo con el art. 23 del citado convenio, las resoluciones judiciales en materia de divorcio dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes de Marruecos tendrán autoridad de cosa juzgada en el territorio español si reúnen las condiciones establecidas en dicho precepto, siendo para ello preciso que se declare su ejecutividad en España (art. 24 del convenio), conforme al procedimiento establecido por la ley del estado requerido (art. 25.3 del convenio), esto es, por los trámites establecidos en los arts. 52 y siguientes de la LCJIC.

En el caso de autos, el Sr. Ruperto no ha instado el correspondiente procedimiento para el reconocimiento en España de la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Tánger, y no habiéndose declarado la ejecutividad en España de la citada sentencia, procedía rechazar la excepción de cosa juzgada invocada por aquél (en este sentido, auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, de 1 de julio de 2020).

Sentado lo anterior, la resolución impugnada basa su decisión en los principios de seguridad jurídica y buena fe procesal, pero obvia el principio de impulso procesal, conforme al cual, tal y como prevé el art. 179 LEC, salvo que la Ley disponga otra cosa, el órgano judicial dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictando al efecto las resoluciones necesarias.

En consecuencia, y por todo lo anteriormente expuesto, procede, con estimación del recurso de apelación interpuesto, revocar la resolución impugnada y acordar que el procedimiento de divorcio entablado siga sus trámites.

TERCERO.- Por aplicación de lo preceptuado en el art. 398.2 de la LEC, la estimación parcial del recurso de apelación determina que se no impongan a ninguno de los litigantes las costas derivadas del mismo.

En atención a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de Dª Ana María, contra el auto dictado el 11 de noviembre de 2020 por la Ilma. Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Irún en autos número 154/2019, **REVOCANDO** el mismo y, en su lugar, se acuerda dejarlo sin efecto y se dispone que continúe por sus trámites el procedimiento de divorcio promovido por Dª Ana María contra D. Ruperto.

No se efectúa imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en ambas instancias.

Notifíquese esta resolución a las partes, previniéndoles que contra la misma **NO CABE RECURSO ALGUNO**.

Así por éste nuestro auto, lo pronunciamos, mandamos, y firmamos.