



Roj: **AAP GI 316/2018 - ECLI: ES:APGI:2018:316A**

Id Cendoj: **17079370012018200093**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **1**

Fecha: **08/05/2018**

Nº de Recurso: **99/2018**

Nº de Resolución: **99/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARLES CRUZ MORATONES**

Tipo de Resolución: **Auto**

Secció 1a Civil de l'Audiència Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.1)

Plaça Josep Maria Lidón Corbí, 1 - Girona

17001 Girona

Tel. 972942368

Fax: 972942373

A/e: aps1.girona@xij.gencat.cat

NIG 1706642120178118534

Recurs d'apel·lació 99/2018 1

Matèria: Apel·lació civil

Òrgan d'origen: Secció Instrucció. Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 7 de Figueres (VIDO)

Procediment d'origen: Modificació mesures amb relació fills extramatrimonials supòsit contenciós 80/2017

Part recurrent / Sol·licitant: Camino

Procurador/a: MARIA ELENA BATALLE PEREZ

Advocat/ada: Juan Lluís Martín De Pozuelo Genis

Part contra la qual s'interposa el recurs: MINISTERI FISCAL

Procurador/a:

Advocat/ada:

INTERLOCUTÒRIA 99/2018

Magistrats:

Fernando Ferrero Hidalgo

Carles Cruz Moratones

Nuria Lefort Ruiz de Aguiar

Girona, 8 de maig de 2018

FETS

PRIMER. El 2 de febrer de 2018 es van rebre les actuacions de Modificació mesures amb relació fills extramatrimonials supòsit contenciós 80/2017, procedents del Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 7 de Figueres (VIDO), a fi de resoldre el recurs d'apel·lació interposat per la procuradora MARIA ELENA BATALLE



PEREZ, en representació de Camino , contra la interlocutòria de data 16/11/2017, en què consta com a part apel·lada el MINISTERI FISCAL.

SEGON. El contingut de la part dispositiva de la interlocutòria objecte de recurs és el següent:

" *PARTE DISPOSITIVA*

SE INADMITE A TRÁMITE LA DEMANDA de Modificación de Medidas de Divorcio promovida por la Procuradora Sra. MARIA ELENA BATALLE PEREZ, en nombre y representación de Camino , frente a Teodoro ."

TERCER. El recurs es va admetre i es va tramitar de conformitat amb la normativa processal per a aquest tipus de recursos.

Assenyalat l'acte de deliberació, votació i decisió, ha tingut lloc el dia 23/04/2018.

QUART. En la tramitació d'aquest procediment s'han observat les normes processals essencials aplicables al cas.

Es va designar com a ponent al **magistrat Carles Cruz Moratones**.

FONAMENTS JURÍDICIS

PRIMER. En la interlocutòria que ara s'impugna, el jutjat d'instància no admet a tràmit una demanda de modificació de mesures de divorci demanada per la Sra. Camino 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.

La part demandant insisteix en la seva pretensió i interposa recurs d'apel·lació. El Ministeri Fiscal s'oposa al recurs i demana la confirmació de la resolució impugnada.

SEGON. La qüestió que aquí es planteja és la de si per modificar una sentència d'un tribunal estranger aliè a la Unió Europea cal acudir prèviament al tràmit de reconeixement per l'ordenament espanyol (exequàtur) de la sentència estrangera.

En primer lloc, hem de recordar que el Reglament 2201/2003/CEE està previst per la ciutadania de la UE, amb exclusió de Dinamarca i per tant no és d'aplicació al cas present en que la sentència de divorci fou dictada en el Regne de Marroc, concretament en el dia 22.6.17 pel Tribunal de Primera Instància de Ksar El Kebir. En segon lloc, consta acreditat que A) almenys des de el 25/1/12 el demandat Sr. Teodoro estava vivint a Figueres amb la seva dona Camino i el fill comú Efrain fins el dia 29.3.17 en que el Sr. Teodoro va marxar de Figueres i es va donar de baixa al municipi. B) Posteriorment va obtenir la sentència de divorci on hi ha el dubte de si es va dictar en rebel·lia voluntària de la Sra. Camino . C) Aquesta senyora va presentar una denuncia penal contra el seu espòs per un delictes de sostracció de menor, maltractaments a la llar (violència de gènere) i amenaces i va ser dictada Ordre de protecció pel Jutjat de VIDO de Figueres en el dia 1.8.17, després de prendre declaració al Sr. Teodoro en data 27.7.17. D) Finalment en el dia 21.9.17 la Sra. Camino va presentar demanda de modificació de mesures de guarda i custòdia, atribució de domicili familiar i d'aliments en favor del fill comú, acompanyant còpia de la sentència de divorci esmentada i denunciant que ella no se'n havia assabentat en cap moment.

TERCER. La decisió del jutjat de Figueres -amb la conformitat del Ministeri Fiscal- és la de no admetre a tràmit al demanda de modificació de mesures per dues raons: A) que només pot modificar les mesures de divorci aquell Tribunal que les hagi adoptat (art. 775 de la LEC) i B) que la sentència marroquina no ha estat objecte de reconeixement pels Tribunals espanyols.

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. Camino . En el mateix sentit s'han pronunciat les sentències de les Audiències provincials de Saragossa (secció 2^a) de 28.11.17 o la de Valladolid (1^a) de 3.1.18 .

DECISIÓN:

Estimem el recurs d'apel·lació formulat per la representació processal de Camino , contra la interlocutòria de data 16/11/017, que va dictar el Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 7 de Figueres, en les actuacions de Modificació de mesures amb relació a fills extramatrimonials supòsit contenciós, de les quals dimana aquest Rotlle d'apel·lació, i **revoquem** aquesta resolució i declarem competent el Jutjat d'instància per a tramitar i resoldre la demanda interposada per la Sra. Camino . No fem pronunciament sobre costes d'aquest recurs.

Contra aquesta interlocutòria no hi cap recurs ordinari de cap mena ni l'extraordinari d'infracció processal, d'acord amb el que disposa la disposició setzena de la LEC.

Així ho acorda la Sala i signem els magistrats esmentats a l'encapçalament.