

Roj: **SAP HU 36/2012 - ECLI: ES:APHU:2012:36**Id Cendoj: **22125370012012100036**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Huesca**Sección: **1**Fecha: **31/01/2012**Nº de Recurso: **9/2012**Nº de Resolución: **20/2012**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **ANTONIO ANGOS ULLATE**Tipo de Resolución: **Sentencia****AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1****HUESCA****SENTENCIA: 00020/2012**

A. Civil 9/2012 S310112.10U

Sentencia Apelación Civil Número 20**PRESIDENTE**

SANTIAGO SERENA PUIG

MAGISTRADOS

ANTONIO ANGÓS ULLATE

JOSÉ TOMÁS GARCÍA CASTILLO

En Huesca, a treinta y uno de enero de dos mil doce.

En nombre del Rey, la Audiencia Provincial de Huesca ha visto el recurso de apelación planteado en los autos de juicio de **divorcio** número 1.179/2010 seguidos ante el Juzgado de primera instancia e instrucción número 1 de Barbastro . **Raquel** los promovió, como demandante, dirigida por el letrado Raúl Sanmartín Bispe y representada en esta alzada por la procuradora Hortensia Barrio Puyal, contra **Antonio** , como demandado, defendido por la letrada Silvia Fernández Olivera y representado en esta segunda instancia por la procuradora Inmaculada Callau Noguero. El Ministerio fiscal es asimismo parte en este procedimiento, con arreglo a la representación que la Ley le otorga. Se hallan pendientes ante este Tribunal en virtud del presente recurso de apelación, tramitado al número 9 del año 2012, e interpuesto por el demandado, **Antonio** . Es ponente de esta sentencia el Magistrado ANTONIO ANGÓS ULLATE.

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO** : Damos por reproducidos los que contiene la sentencia apelada.**SEGUNDO** : El indicado Juzgado de primera instancia e instrucción, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 27 de junio de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLO

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la procuradora D.^a Emma Bestué Riera en nombre y representación de D.^a Raquel contra D. Antonio , declaro el **DIVORCIO** de ambos cónyuges con todos sus efectos legales y en especial los siguientes:

1. Los esposos podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.



Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges se ha otorgado, cesando la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. En cuanto al Régimen Económico Matrimonial se decreta, igualmente la disolución del mismo.

2. Se atribuye la **guarda y custodia** de los hijos menores habidos en el matrimonio a la madre D.^a **Raquel** , sin perjuicio de que la patria potestad siga siendo compartida por ambos progenitores.

3. En cuanto al **uso y disfrute de la vivienda familiar** se atribuye a la actora y al menor, junto con el ajuar doméstico, pudiendo retirar el demandado sus enseres personales.

4. En cuanto al **régimen de visitas** se fija el siguiente, siempre en defecto de acuerdo y con carácter mínimo, a favor del progenitor no custodio D. Antonio .

- *finde de semana alternos* desde el viernes a la salida del colegio o en su defecto a las 20.00 horas de la tarde, hasta el domingo a las 20.00 horas, extendiéndose en caso de puente festivo. Asimismo permanecerá con los menores los miércoles (o el día que lo permitan las actividades extraescolares) desde la salida del colegio hasta las 20.30 horas. Las entregas y recogidas se realizarán en el colegio y en su defecto en el domicilio materno en los horarios determinados.

En cuanto al sistema de vacaciones escolares del menor de *Navidad y Semana Santa* se distribuirán conforme al calendario escolar en dos periodos que serán disfrutados por mitad e iguales partes eligiendo en defecto de acuerdo la madre los años pares y el padre los años impares.

Con el fin de evitar conflictos se establece concretamente el periodo que corresponde a cada progenitor: en cuanto a las vacaciones de *Navidad* los hijos del matrimonio pasarán la mitad de las vacaciones escolares de Navidad con su padre y la otra mitad con su madre, iniciándose el primer período al día siguiente al que finalicen las clases y finalizando el mismo día 31 de diciembre al mediodía. El segundo periodo comenzará el 31 de diciembre al mediodía y finalizará el día inmediatamente anterior al que comiencen las clases. No será acumulable al régimen ordinario de visitas de sábados y fines de semana, por lo que de coincidir con el mismo se computará como vencido.

Los padres se alternarán sucesivamente los distintos periodos.

En cuanto a las vacaciones de *Semana Santa* , los hijos pasarán la mitad de las mismas con cada uno de los progenitores, iniciándose el primer períodos al día siguientes de que finalicen las clases, concluyendo al mediodía del día que constituya la mitad del periodo vacacional, momento en que comenzará el segundo período que finalizará el día inmediatamente anterior al que comience la actividad escolar. No será acumulable al régimen ordinario de visitas de sábado y fines de semana, por lo que, de coincidir con el mismo se computará como vencido.

Los padres se alternarán sucesivamente los distintos periodos.

En las vacaciones de *verano* cada progenitor disfrutará con los menores la mitad de dicha vacaciones, que se dividirá en dos periodos: el primero desde la terminación del curso escolar hasta el 31 de julio y el segundo desde el 1 de agosto hasta el inicio del curso escolar. En defecto de acuerdo elegirá la madre los años pares y el padre los años impares.

5. Como **pensión alimenticia** , el padre habrá de abonar a la madre para el hijo la cantidad de 260 euros mensuales (130 euros por cada hijo), en doce mensualidades al año, que habrá de ser ingresada en la Cuenta Corriente o Libreta de Ahorros que a tales efectos señalará la madre, dentro de los cinco primeros días de cada mes. Dichas pensiones serán actualizadas con efectos de primero de enero de cada año, de acuerdo con las variaciones que haya experimentado el I.P.C. publicado por el Instituto Nacional de estadística u organismos que la sustituya.

En cuanto a las **cargas familiares** cada una de las partes abonará la mitad del préstamo hipotecario que grave el domicilio conyugal, así como cualquier otro gasto o carga que grave la propiedad del inmueble.

6. Respecto a los **gastos extraordinarios** de los menores se satisfarán del modo siguiente:

a) los que tengan un origen médico o farmacéutico y los que teniéndolo lúdico o académico hubiera sido acordada su realización por ambos progenitores o en su defecto autorizados judicialmente[,] por mitad e iguales partes.

b) los que tengan un origen lúdico o académico y no cuenten para su realización con el acuerdo de ambos progenitores o con la autorización judicial supletoria, por aquel que determine su realización si es que llegara a producirse.



Los gastos realizados deberán ser justificados oportunamente en cuanto a su importe y, en su caso, en cuanto a su devengo.

7. **Pensión compensatoria** : no se concede la pensión solicitada.

Todo ello sin perjuicio de que los progenitores en cada momento y atendiendo a las circunstancias pueden adoptar los cambios que de común acuerdo consideren oportunos en el interés del menor .

No procede hacer expresa imposición de las costas procesales [...]."

TERCERO : Contra la anterior sentencia, el demandado, Antonio , anunció recurso de apelación. El Juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la parte apelante por veinte días para que interpusiera el recurso, lo cual efectuó mediante la presentación del oportuno escrito, en cuya súplica interesó a esta Sala lo siguiente: "[...] se desestime íntegramente la demanda en el sentido expuesto en este escrito, con imposición de las costas de ambas instancias a la actora ". A continuación, el Juzgado dio traslado a las otras partes para que presentaran escrito de oposición al recurso, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serles desfavorable. En esa fase, la actora, **Raquel** , se opuso al recurso, lo mismo que el Ministerio fiscal. Seguidamente, el Juzgado, tras emplazar a las partes por término de treinta días, remitió los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 9/2012. No habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que el asunto quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto señalamos el día de hoy con carácter preferente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : Aceptamos y damos por reproducidos los que contiene la sentencia apelada, salvo en lo que a continuación puedan quedar contradichos.

SEGUNDO : Ante la inespecífica súplica del recurso interpuesto por el demandado, debemos acudir a su contenido. En primer lugar, el Sr. **Antonio** sigue manteniendo la excepción de cosa juzgada internacional con relación al **divorcio**, a cuyo efecto aduce la sentencia dictada por un Tribunal de **Ghana**, cuya nacionalidad ostentan ambos contendientes, si bien residen en Barbastro, junto con sus dos hijos menores de edad: **Sebastian** (nacido en enero de 1996) y **Ernest** (nacido en junio de 2001).

De acuerdo con la tesis defendida en la sentencia apelada y al criterio mayoritario seguido por las Audiencias provinciales, para la obtención de los efectos ejecutivos y de cosa juzgada derivados de una resolución dictada por un Tribunal extranjero extracomunitario es necesario previamente su expreso reconocimiento a través del procedimiento de exequátur (artículos 951 y siguientes de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881), salvo que otra cosa dispongan los tratados internacionales. No habiéndose obtenido el exequátur, no procede acoger la excepción de cosa juzgada, con lo cual los Tribunales españoles tienen competencia para conocer de este procedimiento de **divorcio** de dos ciudadanos extranjeros residentes en nuestro país, conforme a los artículos 3.1-a) del *Reglamento* n.º 2201/2003, del Consejo de Europa ("Bruselas II bis"), y 22-3.º de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* .

TERCERO : Otro tema distinto es el Derecho aplicable al **divorcio** y a las demás cuestiones controvertidas, porque la competencia judicial no determina la aplicación del Derecho sustantivo español.

En cuanto al **divorcio**, la norma de conflicto internacional regulada en el artículo 9.2 del *Código civil* se remite a su artículo 107, el cual señala en su apartado 2, en lo que ahora nos interesa, que el **divorcio** se regirá por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda . Con arreglo al artículo 281.2 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* , "el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia". En el presente supuesto, no se ha acreditado el Derecho de la República de **Ghana**, sin perjuicio de la particularidad a la que más adelante nos referiremos al hablar de la fuerza probatoria del certificado ghanés de **divorcio**. El apelante argumenta que le fue denegada indebidamente la prueba que propuso a tal efecto en primera instancia, pero no interesa la práctica de prueba en segunda instancia, que es a lo único que tenía derecho, como prevé el artículo 460.2-1.ª de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* . Por otro lado, este Tribunal tampoco ha llegado a conocer el Derecho de **Ghana** con los medios de que dispone (en la página web del Consejo General del Poder Judicial - *poderjudicial.es* -, acceso restringido , enlaces *Actividades internacionales/ Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional - REJUE / derecho extranjero de familia y sucesiones* , solo aparecen referencias a América del Norte y Canadá, Europa, Iberoamérica y Norte de África, pero no al resto de los países africanos, como **Ghana**).

Ahora bien, el desconocimiento del Derecho de **Ghana**, que sería el aplicable conforme a la ley nacional común de los cónyuges, no puede llevar en este caso a rechazar la solicitud de **divorcio**. Una cosa es que no se haya solicitado el exequátur ni se reconozcan sus efectos para impedir que se declare el **divorcio** en España y otra



distinta es la eficacia probatoria, en el procedimiento que nos ocupa, del documento que recoge el certificado de **divorcio** expedido por el Tribunal ghanés, de fecha 11 de marzo de 2011, y que ha sido oportunamente traducido. De dicho documento resulta que corresponde declarar disuelto el matrimonio por **divorcio** con fundamento precisamente en el Derecho ghanés, por solicitud de ambas partes y al haber "quedado roto irremediabilmente", según dice literalmente el mismo certificado de **divorcio**. Por tanto, el Derecho de **Ghana**, aun desconocido en sus detalles, permite la declaración de **divorcio** en este caso, por lo que no encontramos motivos para su denegación en España en virtud de la demanda presentada por la Sra. **Raquel**. Es indiferente que el procedimiento de **divorcio** en **Ghana** hubiera comenzado antes de la interposición de la presente demanda, el 8 de noviembre de 2010 (solo contamos con la declaración del demandado en el juicio, en la que expresó que presentó la demanda de **divorcio** en septiembre de 2010, mientras que el certificado de **divorcio** data del 11 de marzo de 2011, como acabamos de decir), porque ambas partes residen en Barbastro, de modo que los tribunales españoles son los llamados a resolver de forma inmediata el conflicto, de acuerdo con la norma de competencia en materia de **divorcio** recogida en el citado artículo 22 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*. Además, no entendemos la postura obstruccionista del demandado cuando él mismo instó el **divorcio** en **Ghana** (aunque sin darle efectividad en España) y también está de acuerdo en que se adopten judicialmente en nuestro país, "por razones de urgencia y protección", las oportunas medidas sobre sus dos hijos sobre la base del Derecho español (artículo 158 del *Código civil*), y a tal fin planteó diversas peticiones en su escrito de contestación a la demanda. A mayor abundamiento, la jurisprudencia admite la aplicación de la legislación española cuando el Derecho extranjero no ha sido probado (sentencias, por ejemplo, de 25 de enero de 1999 -ROJ: STS 282/1999 - y 5 de junio de 2000 -ROJ: STS 4611/2000), lo que no es incompatible con el régimen establecido en el artículo 107 del *Código civil*.

CUARTO : En la alegación tercera del recurso, el demandado cuestiona asimismo las medidas contenidas en los fundamentos de Derecho cuarto al octavo. Al respecto, tras el examen de las actuaciones y el visionado de la grabación del juicio, no apreciamos error alguno, ni de hecho ni de Derecho, en las conclusiones a las que llega la sentencia apelada, cuyos argumentos ya han quedado aceptados con anterioridad y hemos dado por reproducido para evitar repeticiones innecesarias. A igual conclusión llegaríamos aunque las medidas adoptadas solo tuvieran como fundamento -según lo defendido en el recurso- el interés superior o prevalente del menor (artículos 92.8 del *Código civil* y 3.1 de la *Convención sobre los derechos del niño*) y la posibilidad de adoptar de oficio las medidas a las que se refieren los artículos 79.2-a) del *Código de derecho foral de Aragón* y 158 del *Código civil*.

QUINTO : Por todo ello, procede desestimar el recurso, si bien no debemos hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta segunda instancia, dada la naturaleza de los derechos controvertidos.

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS : DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el demandado, **Antonio**, contra la sentencia referida, que CONFIRMAMOS íntegramente. No hacemos especial declaración sobre las costas de esta alzada.

Sin perjuicio del derecho de las partes a intentar cuantos recursos consideren legalmente procedentes, contra esta resolución pueden caber, en su caso, los recursos de casación y de infracción procesal, a interponer ante esta misma Audiencia Provincial en un plazo de veinte días.

Notifíquese y devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con un testimonio de esta resolución, para que tenga lugar la ejecución y cumplimiento de lo resuelto.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá un testimonio al rollo de Sala, definitivamente juzgando en esta segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.