



Roj: **AAP SS 1222/2018 - ECLI:ES:APSS:2018:1222A**

Id Cendoj: **20069370022018200140**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **2**

Fecha: **14/09/2018**

Nº de Recurso: **2401/2018**

Nº de Resolución: **116/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANE MAITE LOYOLA IRIONDO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA

GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN SEKZIOA

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

Tel.: 943-000712

Fax / Faxes: 943-000701

NIG PV / IZO EAE: 20.05.2-17/010501

NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.42.1-2017/0010501

Recurso apelación familia LEC 2000 / Familia; apelazio-errekurtsoa; 2000ko PZL 2401/2018 - M

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Donostia / Donostiako Lehen Auzialdiko 3 zk.ko Epaitegia

Autos de Exequátur 435/2017 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Marcelino

Procurador/a/ Prokuradorea:AMETS MAIDER RUIZ DE ARBULO AIZPURU

Abogado/a / Abokatua:

Recurrido/a / Errekurritua: Antonia y MINISTERIO FISCAL

Procurador/a / Prokuradorea: MARIA ZABALETA D ANJOU

Abogado/a/ Abokatua:

A U T O N° 116/2018

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMO/A SR/A. PRESIDENTE/A : D/Dª YOLANDA DOMEÑO NIETO

MAGISTRADO/A : D/Dª LUIS BLANQUEZ PEREZ

MAGISTRADO/A : D/Dª ANE MAITE LOYOLA IRIONDO

LUGAR : DONOSTIA / SAN SEBASTIAN

FECHA : 14 de septiembre de dos mil dieciocho

ANTECEDENTES DE HECHO

Por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Sebastian se dictó Auto de fecha 2 de febrero de 2.018 , cuya parte dispositiva dice así:



"ESTIMO la solicitud de EXEQUATUR formulada por la Procuradora Sra. ZABALETA, en representación de Antonia contra Marcelino y, en consecuencia, SE DECLARA EL RECONOCIMIENTO de la SENTENCIA DE DIVORCIO de la sentencia de divorcio de 30 de junio de 2016 dictada por la Sección Sexta del Juzgado de Familia de Tokio (Japón), produciendo la misma plenos efectos jurídicos en España.

Firme que sea la presente resolución, procédase a su ejecución en pieza separada, de conformidad con lo solicitado por la parte demandante (art. 54 LCIJC)."

SEGUNDO .- Por la representación procesal de Marcelino , se interpuso recurso de apelación contra el referido Auto de fecha 2 de febrero de 2.018 . Admitido el mismo se elevaron los autos a este Tribunal, señalándose para al Votación y Fallo el día 10 de septiembre de 2.018.

TERCERO.- En la tramitación de este Recurso se han cumplido todas la formalidades prescritas en la Ley.

CUARTO.- Ha sido Ponente en esta instancia la lltma. Sra. Magistrada Dña ANE MAITE LOYOLA IRIONDO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - La representación de Marcelino formula recurso de apelación contra el auto de fecha 2 de febrero de 2018 dictado por el Juzgado de Primera Instancia n 3 de esta capital en solicitud de que proceda en su día a dictar Auto por el que estimando la apelación por infracción de normas procesales acuerde, en virtud de lo previsto en el art. 465. 4 LEC declarar la nulidad radical del Auto recurrido y por haber sido dictado en infracción del art. 414 LEC reponiendo el procedimiento al estado previo a la mencionada infracción y que, subsidiariamente, de no estimarse la anterior alegación, la estime por infracción de las normas materiales invocadas, desestimando la demanda de reconocimiento y ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Familiar de Tokio, asuntos familiares, sección sexta (núm 369/2016) de 30 de junio de 2016 por la representación de D^a. Antonia , y declarando no haber lugar al exequatur de la mencionada sentencia, negando por tanto efectos y fuerza ejecutiva a la sentencia de que se trata, y por consiguiente, tampoco haber lugar a lo solicitado de contrario en los otrosíes primero y segundo, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante.

Para justificar su pretensión formula las siguientes alegaciones :

-Infracción procesal , al amparo del art. 459 LEC , concretamente la que recoge la necesidad y preceptividad de la audiencia previa, que en este caso habría sido omitida- y a continuación, en la de una serie de preceptos legales de carácter material.

Se alega que con fecha 2 de febrero de 2018 se le dio traslado de la Diligencia de ordenación por la que, se informaba del transcurso del plazo de cinco días hábiles concedido al Ministerio Fiscal para que formulase alegaciones sin que estas se verificasen, pasando las actuaciones a su S.S^a para dictar la resolución procedente; que la obligatoriedad legal en virtud del art. 414 LEC de la celebración de la vista previa en la presente litis, que se sustancia según las reglas del procedimiento ordinario fue interpretada en virtud de la expresión " resolución procedente " circunscrita al ámbito de la ordenación del procedimiento, sin que quepa, en atención a lo expuesto, entender que se refería al Auto definitivo que pone conclusión a la primera instancia; que con fecha 5 de febrero, y sin haberse convocado la preceptiva audiencia previa, se le dio traslado de Auto definitivo.

Manifiesta que a tenor del art. 414.1 LEC , la audiencia previa al juicio es obligatoria en todo, no previendo el citado precepto la posibilidad de evitarla ni aún cuando el demandado haya sido declarado en rebeldía, o haya comparecido adoptando una posición puramente pasiva sin contestar la demanda, estimando que, con ello, se ha producido una infracción procesal que le perjudica.

- Contravención del orden público español por la sentencia reconocida mediante auto recurrido, infringiendo los siguientes preceptos: art. 46.1 a) de la Ley 29/2015 de 30 de julio , de cooperación jurídica internacional en materia civil; art. 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas; arts 24.2 y 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE ; art. 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño y de los arts. 39.1 y 39.2 de la Constitución Española .

Se alega que la resolución en cuestión es contraria al orden público, por cuanto el Derecho japonés no conoce la custodia compartida, ni prevé tal cosa como un derecho de visitas a favor del cónyuge no custodio; el Auto recurrido por considerar que la figura del derecho de visitas para el cónyuge no custodio, o la posibilidad de acceder a una custodia compartida no alcanzarían rango constitucional ni derecho fundamental, no siendo susceptibles en consecuencia de integrarse en el concepto de " orden público " .



Añade que la posibilidad de un régimen de visitas para el cónyuge no custodio, poder optar a la custodia compartida no son sino manifestaciones prácticas, básicas e inseparables del principio de protección del interés jurídico del menor, que deben ser objeto de protección constitucional; que lo que hace la sentencia contraria al orden público no es la ausencia en ella de un régimen de visitas, o de custodia compartida, sino el hecho de que, desde un primer momento, y por mor de las características acreditadas del Derecho Japonés, dichas previsiones fueran imposibles.

-Respecto a la ausencia de Firmeza del divorcio, defiende que el Auto apelado infringe, desde el punto de vista procesal, el art. 429 LEC , y como consecuencia, lo previsto en los arts. 41.1 y 43b) de la Ley 29/2015, de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil; que la no celebración de la audiencia previa en los términos recogidos en la apelación primera del escrito de recurso le privó de la posibilidad de impugnar los documentos anexos a la demanda con número 9a y 9b.

-Infracción de los derechos de defensa:

Se alega que la resolución se impugna por infringir los art. 46.1 b) de la Ley 29/2015, de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil, así como los 24.1 y 24.2 de la Constitución Española; que la infracción de su derecho de defensa vino dada por otra circunstancia diferente, cual es la renuncia repentina y sobrevenida de su letrado en Japón, y sobre todo, por la reacción del juzgado a dicho suceso, no concediendo el más mínimo plazo práctico posible para designar un abogado sustituto, al celebrar la vista prácticamente de inmediato.

-Infracción de los arts. 39 y 46.1 f) de la Ley 29/2015, de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Señala la parte apelante que de la documental aportada se desprende que la representación letrada del recurrente en Japón informó al principio del procedimiento, mediante la correspondiente excepción previa de litispendencia, de que ya había una litis con idénticas partes y objeto sustanciándose en España. a pesar de ello, el órgano japonés ni se pronunció al respecto en aquel momento- únicamente aludió a esta cuestión en la sentencia- ni se abstuvo de suspender el procedimiento, generando con ese comportamiento un evidente perjuicio al derecho a un proceso con todas las garantías

-SEGUNDO -Sobre la omisión del trámite de audiencia previa

Con base a dicha alegación la parte recurrente solicita la declaración de nulidad radical del auto recurrido por haber sido dictado en infracción del art. 414 de ley de enjuiciamiento civil con reposición del procedimiento al estado previo a la infracción procesal que se denuncia.

Con relacion a dicho motivo de impugnación nos remitimos a lo dispuesto en los siguientes preceptos de la Ley 29/2015 de 30 de Julio de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil para el reconocimiento y ejecución de resolución judiciales extranjeras .

I Artículo42. Procedimiento de exequátur.

1. El procedimiento para declarar a título principal el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, para autorizar su ejecución se denominará procedimiento de exequátur.
2. El mismo procedimiento se podrá utilizar para declarar que una resolución extranjera no es susceptible de reconocimiento en España por incurrir en alguna de las causas de denegación previstas en el artículo46.

Artículo54. Proceso.

1. El proceso de exequátur, en el que las partes deberán estar representadas por procurador y asistidas de letrado, se iniciará mediante demanda a instancia de cualquier persona que acredite un interés legítimo. La demanda de exequátur y la solicitud de ejecución podrán acumularse en el mismo escrito. No obstante, no se procederá a la ejecución hasta que se haya dictado resolución decretando el exequátur.
2. Podrá solicitarse la de adopción de medidas cautelares, con arreglo a las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que aseguren la efectividad de la tutela judicial que se pretenda.
3. La demanda se habrá de dirigir contra aquella parte o partes frente a las que se quiera hacer valer la resolución judicial extranjera.
4. La demanda se ajustará a los requisitos del artículo399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y deberá ir acompañada, de:

a) El original o copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizados o apostillados.



- b) El documento que acredite, si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente.
- c) Cualquier otro documento acreditativo de la firmeza y fuerza ejecutiva en su caso de la resolución extranjera en el Estado de origen, pudiendo constar este extremo en la propia resolución o desprenderse así de la ley aplicada por el tribunal de origen.
- d) Las traducciones pertinentes con arreglo al artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5. La demanda y documentos presentados serán examinados por el secretario judicial, que dictará decreto admitiendo la misma y dando traslado de ella a la parte demandada para que se oponga en el plazo de treinta días. El demandado podrá acompañar a su escrito de oposición los documentos, entre otros, que permitan impugnar la autenticidad de la resolución extranjera, la corrección del emplazamiento al demandado, la firmeza y fuerza ejecutiva de la resolución extranjera.

6. El secretario judicial, no obstante, en el caso de que apreciase la falta de subsanación de un defecto procesal o de una posible causa de inadmisión, con arreglo a las leyes procesales españolas, procederá a dar cuenta al órgano jurisdiccional para que resuelva en plazo de diez días sobre la admisión en los casos en que estime falta de jurisdicción o de competencia o cuando la demanda adoleciese de defectos formales o la documentación fuese incompleta y no se hubiesen subsanado por el actor en el plazo de cinco días concedido para ello por el secretario judicial.

7. Formalizada la oposición o transcurrido el plazo para ello sin que la misma se haya formalizado, el órgano jurisdiccional resolverá por medio de auto lo que proceda en el plazo de diez días.

8. El Ministerio Fiscal intervendrá siempre en estos procesos, a cuyo efecto se le dará traslado de todas las actuaciones.

Pues bien, de conformidad con los preceptos referidos llegamos a la conclusión de que el trámite de la audiencia previa no resulta aplicable en el presente caso ya que el mismo se prevé en la ley de enjuiciamiento civil en el título segundo sobre el juicio ordinario, una vez cumplimentados los trámites de contestación a la demanda o en su caso reconvenición y transcurridos los plazos correspondientes, debiendo tener en cuenta que la finalidad de la audiencia previa reside entre otras cuestiones en intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso cuando lo cierto es que en el presente caso dicha posibilidad resulta inviable por la propia naturaleza del exequatur.

No existe entre Japón y España convenio bilateral en la materia que ahora nos ocupa, ni han suscrito, ni ratificado ambos Estados ningún Convenio internacional que la regule.

En consecuencia habrá de estarse a lo regulado en la Ley 29/2015 de 30 de Julio de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras cuya vigencia es desde el 20-8-2015 y ello por aplicación de la Disposición Transitoria Única, apartado 3 de la citada Ley que establece:

"3. El título V se aplicará a las demandas de exequatur que se presenten ante los órganos jurisdiccionales españoles con posterioridad a la entrada en vigor de la ley, con independencia de la fecha en que se hubiese dictado la resolución extranjera".

La naturaleza estrictamente procesal de este procedimiento, encaminado al desarrollo de una función meramente homologadora de los efectos de la decisión por reconocer, no permite estimar la petición de nulidad formulada por la parte recurrente invocando para ello haberse producido una infracción de las normas esenciales del procedimiento toda vez que en el supuesto de autos, si analizamos las actuaciones comprobamos que una vez presentada la petición de reconocimiento de efectos en España de la sentencia de divorcio dictada en Japón de fecha 9 de octubre de 2017 aquella fue admitida a trámite en virtud de resolución de 16 de octubre de 2017 que devino firme, acordándose la sustanciación del procedimiento con arreglo a los trámites previstos en el artículo 54 de la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil ya mencionada. Consta el traslado a la parte demandada de la petición y de los documentos que acompañaban a la misma, así como el emplazamiento llevado a cabo para que el recurrente pudiera oponerse a dicha pretensión en el término de 30 días, y lo cierto es que al folio 105 de las actuaciones se recoge la diligencia de emplazamiento, y al folio 109 de las actuaciones figura unido el escrito de contestación a la demanda suscrito por el letrado Sr. Godoy en el que la parte recurrente pudo llevar a cabo las alegaciones que tuvo por conveniente aportando de igual modo los documentos que estimó de relevancia en defensa de su pretensión.

Del examen de las actuaciones se desprende que verificado dicho trámite y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 54 ya mencionado, se acordó traer testimonio a las actuaciones del auto de once de septiembre 2015 dictado en autos de procedimiento de divorcio 6/2014, así como testimonio del auto de 27 de febrero de 2016



dictado por esta audiencia en el recurso de apelación formulado contra aquel, y una vez de transcurrido el plazo concedido al ministerio fiscal para formular alegaciones se acordó dejar las actuaciones en poder de su Señoría para dictar la resolución procedente.

De lo expuesto se desprende que no se ha producido infracción de norma procesal alguna en este supuesto, pues ya hemos indicado que el precepto invocado por la parte apelante no resulta de aplicación al presente caso, y en todo caso no se ha producido situación de indefensión alguna determinante de la declaración de nulidad solicitada por cuanto el demandado ha tenido ocasión de comparecer asistido de letrado pudiendo oponerse a las alegaciones de la parte promotora del procedimiento, solicitando los medios de prueba que tuvo por conveniente, ejercitando plenamente el derecho de defensa.

Por todo ello procederá la desestimación del primero de los motivos de impugnación invocados.

TERCERO- Sobre la contravención del orden público español por la sentencia reconocida mediante el auto recurrido.

Se ha señalado por la parte recurrente que lo que hace la sentencia contraria al orden público no es tanto la ausencia de pronunciamiento en la misma acerca del régimen de visitas o de custodia compartida, sino el hecho de que desde un primer momento y como consecuencia de las características que caracterizan el derecho japonés, dichas previsiones resultan imposibles; que a lo largo del proceso nunca tuvo la opción de acceder a una custodia compartida y tampoco a un régimen de visitas quedando excluida dicha posibilidad porque el derecho japonés desconoce de aquellas.

Como ya hemos indicado la naturaleza estrictamente procesal de este procedimiento, encaminado al desarrollo de una función meramente homologadora de los efectos de la decisión por reconocer, no permite la revisión del fondo del asunto más que en la medida indispensable para asegurar el respeto a los principios esenciales de nuestro ordenamiento que conforman el concepto de orden público en sentido internacional, criterio éste consagrado por el Tribunal Constitucional (SSTC 54/89 (EDJ1989/2014) y 132/91 (EDJ1991/6449). El Alto Tribunal ha precisado asimismo, que el concepto del orden público del foro, como límite al reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras, ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1.978, en el que, sin discusión, penetra el conjunto de principios que inspiran nuestro ordenamiento constitucional y entre ellos, muy especialmente, los derechos fundamentales y libertades públicas, adquiriendo así un contenido peculiar impregnado por las exigencias de la Constitución y, en particular, por las exigencias que impone el art. 24 CE(EDL1978/3879)(SSTC43/86(EDJ1986/43), 54/98 (EDJ1998/2158) y 132/91 (EDJ1991/6449); AATC (3)Destacamos los siguientes preceptos de la Ley 29/2015 de 30 de Julio:

-Artículo 46.Causas de denegación de reconocimiento .

"1. Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán:

- a) Cuando fueran contrarias al orden público.
- b) Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse.
- c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española.
- d) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España.
- e) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.
- f) Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero.

2. Las transacciones judiciales extranjeras no se reconocerán cuando fueran contrarias al orden público".

En el presente caso la sección número seis de asuntos familiares del juzgado de familia de Tokio dictó sentencia en el procedimiento de divorcio con núm. 369 resolviendo en lo que ahora se cuestiona por la parte recurrente la atribución de la patria potestad del hijo común a favor de la madre, la contribución del padre a



los gastos de crianza y educación del hijo desde la confirmación de la sentencia hasta que cumpla dieciocho años y la obligación del demandado de abonar a la actora un millón de yenes en concepto de indemnización.

El exequátur constituye un cauce procesal en donde se ejercita una específica acción, la de reconocimiento y declaración de ejecutoriedad, que presenta un carácter meramente homologador, tendente a facilitar que las resoluciones extranjeras desplieguen en su eficacia, en principio con el contenido y alcance que les confiere el ordenamiento del Estado de origen, con la subsiguiente consecuencia de propiciar la libre circulación de resoluciones y, en definitiva, el tráfico jurídico internacional, por lo que se encuentra transido del principio de máxima eficacia, que en la práctica se traduce en el favorecimiento del reconocimiento.

El interés superior de los menores se encuentra consagrado en los arts. 92, 96 y 103, entre otros, del Código Civil y diversos Convenios y Tratados Internacionales, como La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de Noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo (Resolución A3-0772/92), o el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, de 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014, así como en los arts. 2 y 11.2 a) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de 1996 de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio.

Para que el orden público se erija en obstáculo del reconocimiento de una resolución extranjera es preciso que lo acordado en dicha resolución suponga un grave menoscabo de los principios y valores jurídicos, políticos o morales que por ser fundamentales merecen la consideración de irrenunciables y se entiende como instrumento al servicio de los destinatarios de las normas y de la protección de los derechos individuales más que como instrumento destinado al respeto en abstracto de los ordenamientos jurídicos. Es decir, como sostiene doctrina cualificada, el orden público entendido como salvaguarda de un determinado modelo de familia viene desapareciendo progresivamente y orientándose hacia un orden público de protección entendido como salvaguarda de los derechos de las personas. Respecto a la vertiente procesal del orden público la sentencia del Tribunal Supremo de 14-3-2007 (ROJ:STS 1442/2007) la identifica con los derechos y garantías establecidas en el art. 24 de la CE.

Como señala la resolución apelada, en el presente caso podemos concluir que la decisión que en dicha sentencia se contiene no resulta contraria al orden público español toda vez que cualquier decisión sobre la atribución de guarda y custodia de los menores o régimen de visitas ha de resolverse ponderando el principio del beneficio y mejor interés del menor, siendo así que en el presente caso la propia sentencia dictada en Japón determina los motivos que llevan a asignar la custodia del menor a su madre. En este sentido al folio 63 de las actuaciones, en el apartado cuarto, con respecto a la designación de la patria potestad, se analizan las circunstancias del caso y se pondera la dicción del artículo 92 del Código Civil español, indicando expresamente que "cuando haya sido sometido el juicio penal iniciado por haberse asestado los daños físicos de uno de los cónyuges —..., o cuando existan señales fundadas de violencia doméstica, no se adopta la vigilancia y protección común", y a continuación establece "la demandante vino bien vigilando y protegiendo al primogénito que actualmente tiene cinco años de edad principalmente en Japón durante más de cuatro años, exceptuando los seis meses que fue llevado a España por el demandado, actualmente trabaja como docente en inglés, está criando y cuidando el primogénito, utilizando la guardería, en el actual estado de vigilancia y protección se aprecian situaciones que contraviene los beneficios del niño. En cambio, hasta ahora fueron muy frecuentes los viajes en comisión del demandado además de desconocerse en los antecedentes de la vigilancia y protección, ha recibido la sentencia de culpabilidad por delito de lesiones contra la demandante y no está clara la situación de vida, ni del estado de la vigilancia y protección del demandado". Luego la declaración del divorcio y la definición de los derechos y las obligaciones de las partes contendientes que deriva de la nueva situación se lleva a cabo a partir de una ponderación de las circunstancias del caso concreto que conducen al establecimiento de un régimen de custodia y visitas motivado, por lo que no podemos deducir que nos encontremos ante una decisión arbitraria o infundada que contrarie el orden público.

Es un hecho acreditado que el Sr. Marcelino fue condenado en virtud de la Sentencia penal de 21 de julio de 2015 por actos de violencia contra su entonces esposa ocasionándole lesiones y aun cuando no procede entrar a valorar el acierto o no de la decisión adoptada por el juez extranjero no cabe duda que la condena penal por actos de violencia en el ámbito familiar constituye un elemento a tomar en consideración a la hora de resolver sobre el superior interés del menor.

Como establece la juzgadora de instancia de la lectura de la sentencia japonesa se desprende que la misma "no contraviene el orden público español, sino que a la hora de adoptar las medidas relativas a la patria potestad, guarda y custodia y visitas, ha tenido en cuenta la ley española..." y ponderadas las circunstancias del caso, como ya hemos expuesto, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil, deniega la custodia compartida.



Nuestro ordenamiento jurídico, como establece la resolución apelada, sí prevé que la autoridad judicial pueda adoptar las medidas que estime necesarias para evitar cualquier perjuicio personal o patrimonial limitando las facultades de los progenitores, atribuyendo la guarda y custodia en exclusiva a uno de ellos, o incluso privándoles del ejercicio de la patria potestad

Lo anteriormente expuesto conduce a la Sala a considerar que la resolución judicial extranjera no atenta contra el orden público de nuestro ordenamiento jurídico en el que se prevé la posibilidad de que por la autoridad judicial se adopten medidas de análoga naturaleza con la finalidad de proteger a un menor de edad. La resolución extranjera no atenta, ni menoscaba principios esenciales de nuestro ordenamiento, ni supone un menoscabo de la concepción jurídica que la potestad parental tiene en nuestro sistema legal. En consecuencia procede acceder al reconocimiento de dicha resolución pues no concurre ninguna causa que determine el no reconocimiento.

CUARTO - Sobre la ausencia de firmeza de divorcio.

Para dar respuesta a dicho motivo de impugnación nos remitimos al contenido del Artículo 43 del texto legal ya mencionado.

Definiciones.

A los efectos de este título se entenderá por:

- a) Resolución: cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado, con independencia de su denominación, incluida la resolución por la cual el secretario judicial o autoridad similar liquide las costas del proceso.
- b) Resolución firme: aquella contra la que no cabe recurso en el Estado de origen.
- c) Órgano jurisdiccional: toda autoridad judicial o toda autoridad que tenga atribuciones análogas a las de las autoridades judiciales de un Estado, con competencia en las materias propias de esta ley.
- d) Transacción judicial: todo acuerdo aprobado por un órgano jurisdiccional de un Estado o concluido ante un órgano jurisdiccional de un Estado en el curso del procedimiento.
- e) Documento público: cualquier documento formalizado o registrado oficialmente con esta denominación en un Estado y cuya autenticidad se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin.

En el presente caso acompaña al escrito de demanda la sentencia de fecha 30 de junio dictada en Japón en el procedimiento de divorcio de Antonia - Marcelino, y al mismo tiempo se acompaña debidamente traducido, junto con el documento original, una certificación en virtud de la cual el abogado administrativo, registrado en el listado de abogados administrativos Takafumi Suzukiri se da cuenta de que el documento acompañado constituye copia genuina del certificado de firmeza de la sentencia original; y asimismo figura unido a las actuaciones al folio 73 un certificado de firmeza de la sentencia en virtud del cual con fecha 21 de octubre del 2016 el secretario general judicial de la sección número seis de asuntos familiares del juzgado de familia de Tokio certifica que el procedimiento de demanda de divorcio con núm. 369 / 2014 entre Antonia y Marcelino adquirió firmeza con fecha 8 de octubre de 2016.

Todo ello nos lleva a estimar correctamente valorada la prueba documental por parte de la juzgadora de instancia compartiendo el criterio acogido por aquella cuando declara que efectivamente nos encontramos ante una resolución firme susceptible de homologación España.

QUINTO- Infracción de los derechos de defensa del demandado; concurrencia de litispendencia internacional.

Se alega infracción de la Ley 29/2015 de 30 de julio de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil y para ello manifiesta la parte recurrente que presentada la renuncia por parte de su letrado en Japón el día 17 de marzo, el órgano jurisdiccional japonés, lejos de conceder un plazo prudente para que nombrara otro, prosiguió con el procedimiento celebrando la vista siete días después.

En otro orden de cosas se ha indicado que en el momento en el que se dio inicio al procedimiento que tuvo como consecuencia la sentencia cuya ejecución se postula, se sustanciaba uno anterior por parte del juzgado de primera instancia de San Sebastián que se había declarado competente.

Entrando en el análisis de la concurrencia de los presupuestos del reconocimiento y una vez examinadas las actuaciones consta en las mismas, a la vista de la documental expedida, que se notificó la existencia de la demanda al recurrente, y se personó con letrado en el procedimiento pudiendo participar activamente en aquel. Del examen de las actuaciones se desprende que el Sr. Marcelino fue notificado personalmente del contenido de la demanda de divorcio en Japón y también en su domicilio en España; que en base a ello se



personó en el procedimiento mediante abogado contestando a la demanda y participando en los trámites del procedimiento hasta que el 17 de marzo de 2016 su letrado presentó la renuncia celebrándose el segundo juicio el 12 de mayo de 2016. Pues bien, se concluye que el demandado tuvo conocimiento de la demanda de divorcio, intervino en el procedimiento con asistencia letrada no observándose infracción de sus derechos de defensa por el mero hecho de que su letrado renunciara en un momento determinado toda vez que pudo haber designado uno nuevo letrado para que defendiera sus intereses, lo que no hizo por decisión propia, siendo así que a partir del momento de la renuncia quedó a la libre decisión del recurrente adoptar la estrategia procesal que estimara oportuno quedando ello al margen del procedimiento, de tal suerte que la celebración de la segunda vista de divorcio sin asistencia letrada para el demandado no constituye infracción alguna de su derecho de defensa al no estar obligado el juzgado a procurarle un nuevo letrado.

Por otro lado resulta conveniente recordar la reiterada doctrina que nuestro Tribunal Supremo ha venido perfilando en torno al requisito establecido en el ordinal 2º del citado art. 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, 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 (ATS 14 de septiembre de 2004). Así ha distinguido los casos en que el demandado, debidamente citado y emplazado -es decir, regularmente, conforme a la ley rectora del procedimiento, y en tiempo útil para defenderse-, no comparece voluntariamente, ya sea porque no reconoce la competencia del Juez de origen, ya sea porque no le conviene o, simplemente, porque deja transcurrir los plazos para la personación, de aquellos otros en los que la falta de presencia se debe al desconocimiento de la existencia del proceso, tipo de rebeldía éste que por lo que representa para el adecuado respeto de los derechos de defensa, se erige únicamente en un obstáculo para el reconocimiento de la sentencia extranjera. Sobre estas premisas, nuestro Tribunal Supremo ha venido situando la exigencia de la ausencia de rebeldía del demandado dentro del marco de los derechos constitucionales de audiencia y defensa y la correlativa proscripción de la indefensión, que informan el orden público procesal, y así ha distinguido la llamada rebeldía de conveniencia, estratégica o voluntaria, que es la propia de quienes no obstante haber sido citados y emplazados en forma y conociendo la existencia de la litis no acuden a la llamada del Tribunal extranjero (cta. ATS 25-2-85ySTC 43/86), tipo este de rebeldía que ha de carecer por lo general, de efectos obstativos al reconocimiento de la resolución, de aquella otra que se ha calificado de rebeldía a la fuerza o involuntaria, y que comprende los casos en los que, por causa no imputable al declarado rebelde o no provocada por él, no haya podido tener noticia del procedimiento de forma adecuada y, por lo tanto, no haya podido defenderse oportunamente, supuesto éste es la que no es dable homologar la resolución judicial extranjera. (ATS 22 de Febrero 2000).

Aplicando los criterios expuestos al caso objeto de examen, se ha de concluir necesariamente que la homologación pretendida ha de prosperar, pues la renuncia de su letrado en una determinada fase del procedimiento, no le impidió proceder al nombramiento de uno nuevo, si este fuera su interés y en todo caso tampoco le privó de tener cabal conocimiento de la existencia del proceso, participar en el mismo y poder ejercitar debidamente y en toda su extensión sus derechos de defensa, cuya tutela se alza ahora como obstáculo al exequátur, en salvaguarda del orden público del foro, en su sentido procesal. No le cabe, por lo tanto, esgrimir falta de garantía procesal alguna, para oponerse al exequátur, debiendo tenerse por satisfechos los requisitos establecidos en el art. 954 LEC de 1881, y, en suma, debiéndose considerar que la resolución extranjera se ajusta plenamente a las exigencias del orden público en sentido internacional, tanto en su vertiente procesal, como en su aspecto material o sustantivo.

Y en cuanto a la litispendencia internacional se ha indicado por el demandado que al admitirse la demanda de divorcio en Japón estaba sustanciándose en España un procedimiento de divorcio a su instancia entre las mismas partes y con el mismo objeto que fue admitido a trámite el 6 de febrero de 2014 y pese a ello, la citada excepción que fue invocada, no fue acogida por el tribunal japonés.

Del examen de las actuaciones se constata que el procedimiento de divorcio tramitado en España a instancia del demandado fue sobreseído en virtud de resolución de fecha once de septiembre de 2015 por falta de competencia internacional del órgano español para conocer de la demanda de divorcio al considerar que la competencia para conocer dicho procedimiento correspondía a los tribunales de Japón..

En el auto que figura el folio 211 de las actuaciones se recogen con detalle los argumentos en virtud de los cuales se estimó la falta de jurisdicción del tribunal español para conocer del procedimiento de divorcio destacando entre ellos que tras la celebración del matrimonio los cónyuges inmediatamente se trasladaron a vivir a Japón habiendo establecido allí su lugar de residencia.



Y es más en dicha resolución se declara expresamente la obligada aplicación en España del Reglamento 2201 de 27 de noviembre de 2003 de la Unión Europea relativo a la competencia para el conocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental para la determinación de la jurisdicción de los órganos competentes españoles, reconocimiento de los procedimientos de divorcio y responsabilidad parental, siendo así que en virtud del referido reglamento y en aplicación de lo dispuesto el artículo 3.1 sobre procedimientos de divorcio se prevé la competencia de los órganos jurisdiccionales del estado miembro en base al criterio de la residencia habitual, en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual, habiendo quedado de manifiesto a lo largo del procedimiento, como ya se exponía en el auto de 22 de junio de 2015 que "aun cuando se da la circunstancia de que se ha pretendido por parte d el Sr. Marcelino justificar su residencia en este país, en concreto la localidad de Pasaia, donde sólo residieron el y su mujer hace mucho tiempo, con bastante anterioridad a que establecieran su residencia en Japón y a que naciera su hijo y con ello la única relación que ha podido tener el citado menor ha sido puramente circunstancial y limitada a periodos vacacionales, de lo actuado se desprende que los tres miembros de la unidad familiar tienen su residencia habitual en Japón"Y dicha resolución fue confirmada por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa mediante resolución de fecha 27 de febrero de 2016.

En el caso que nos ocupa el artículo 8.1 del Reglamento **2201/2003** UE, establece que "los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto del menor que resida habitualmente en dicho Estado en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional". Esta norma, que es de derecho comunitario europeo, en virtud de lo que dispone el artículo 61 del referido Reglamento, es de aplicación con carácter universal, es decir, respecto de otros Estados aun cuando no sean miembros de la Unión Europea.

El criterio competencial de la residencia habitual del menor es concebido en las normas internacionales citadas, no solo por la eficacia de la acción de los tribunales en sus propios territorios, sino también en función del interés del menor. De ahí la prevalencia de la proximidad del órgano jurisdiccional de la residencia del menor en el momento de interposición de la demanda.

El artículo 46 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil es de plena aplicación al caso de autos, resultando de su contenido que la sentencia presentada para su reconocimiento en España debe ser íntegramente reconocida por cuanto no es de apreciar ninguna de las excepciones que el referido precepto menciona y como indica la resolución apelada ": el fundamento de la excepción de litispendencia es evitar el riesgo de resoluciones contradictorias sobre unos mismos hechos por parte de órganos judiciales de distintos países, y es evidente que dichos riesgos no existían el presente caso, puesto que el sobreseimiento del procedimiento español implica que no recayó resolución sobre el fondo del asunto".

Por todo cuanto ha sido expuesto estamos en disposición de concluir en idénticos términos a los consignados en la resolución apelada, dado que no se ha constatado error en la aplicación de la normativa que regula el caso de autos y tampoco error de valoración de la prueba practicada.

SEXTO - A la vista de los términos en los que ha quedado configurado presente recurso y teniendo en cuenta el contenido de la presente resolución procederá imponer a la parte recurrente las costas ocasionadas en esta instancia

SEPTIMO- La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 9, aplicable a este caso, que la inadmisión del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, determinará la pérdida del depósito.

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima el recurso formulado por parte de Marcelino contra el auto de fecha 2 de febrero de 2018 dictado por el juzgado de primera instancia número tres de esta capital, se confirma dicha resolución en todos sus extremos y todo ello con imposición de las costas ocasionadas en esta instancia a la parte recurrente

Transfírase el depósito por el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados.

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

Lo acuerdan y firman Sus Señorías. Doy fe.