

**NOTA DE JURISPRUDENCIA: SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE
DE 2006 DEL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN
Nº 3 DE BETANZOS**

José Joaquín Vara Parra

*Profesor Ayudante Doctor del Área de Derecho Internacional Privado.
Universidade da Coruña*

Sumario: I. *Iter* del procedimiento. II. Acción de divorcio. III. Análisis crítico en términos de Derecho positivo de la emigración gallega hacia Suiza. IV. Acción de alimentos. 1. Introducción a la competencia judicial internacional. 2. Carácter autónomo (art. 5.2º.I CL'88) y derivado (art. 5.2º.II CL'88) de la deuda alimenticia: sus repercusiones en sede de la CJI. 3. Análisis de la CJI sobre la que se fundamentó el conocimiento de la controversia de alimentos realizado por los órganos judiciales suizos. 4. Análisis de la CJI sobre la que fundamentó el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 3 de Betanzos el conocimiento de la controversia relativa a la disolución del vínculo matrimonial.

I ITER DEL PROCEDIMIENTO.

1. En lo que aquí interesa destacar, los datos de la controversia relevantes para el presente comentario de jurisprudencia son los siguientes: La parte demandante es el marido, nacional español, con domicilio en España. La parte demandada es la esposa, nacional suiza, con domicilio en Suiza.

Los hijos viven con su madre en una situación *de facto* que precisa del refrendo jurídico en materia de responsabilidad parental¹. Del mismo modo, las partes solicitan la regulación de la *disolución del vínculo conyugal* y de sus consecuencias en el terreno de la *prestación alimenticia*.

2. Pues bien, la discusión inicial estaba dominada por la cuestión relativa a la determinación de la competencia judicial internacional (CJI) de los órganos judiciales españoles. En este sentido la Parte dispositiva del Auto de 29-09-05 del Juzgado de Betanzos dice textualmente: “declaro no haber lugar a la admisión de la demanda de divorcio interpuesta por el Procurador Don S. en representación de Don D. por falta de competencia territorial de los juzgados españoles”. Sin embargo, la Sentencia de apela-

¹ Un reciente análisis, en sede de la competencia judicial internacional, de la materia relativa a nuestro concepto de patria potestad puede consultarse en: Vara Parra, J. J.: “El interés del menor en los foros de competencia judicial para las acciones de responsabilidad parental en el Reglamento (CE) nº 2201/2003”, *REDI*, en prensa.

ción de la Audiencia Provincial de A Coruña de 8 de marzo de 2006 proclama “la jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de la demanda formulada” apoyándose en el criterio de atribución expresivo del principio de proximidad que une la nacionalidad española y la residencia habitual en España del demandante del art. 22.3º.III LOPJ en materia de divorcio.

Devueltos los autos al Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 3 de Betanzos, éste dictó sentencia en cuanto al fondo el 18 de octubre de 2006 declarando el divorcio y fijando la cuantía de los alimentos que el padre deudor debía pagar a sus hijos acreedores domiciliados en Suiza.

II. ACCIÓN DE DIVORCIO.

3. El *iter* correcto en pos de la determinación del régimen jurídico de CJI de la acción de divorcio es el siguiente: Dentro de la dimensión institucional procede aplicar el Reglamento (CE) nº 2201/2003, pues la demanda entra dentro de sus ámbitos de aplicación material, territorial y temporal. No ocurre así por lo que se refiere a los respectivos ámbitos de aplicación espacial de todos y cada uno de los foros de CJI del art. 3.1º del citado Reglamento, por lo que, -por acción de su precepto 7.1º²,- queda abierta para el órgano judicial español la consulta al resto de dimensiones, convencional y autónoma, de su sistema de DIPr. en la materia³.

4. Dentro de la dimensión convencional cabe señalar que el único instrumento normativo internacional por medio del que España se relaciona con Suiza en sede de la CJI es el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 (CL'88). Ahora bien, este Convenio no extiende su alcance *ratione materiae* a la disolución del vínculo conyugal, por lo que procede descender, por fin, a la dimensión autónoma de CJI de la LOPJ.

III. ANÁLISIS CRÍTICO EN TÉRMINOS DE DERECHO POSITIVO DE LA EMIGRACIÓN GALLEGA HACIA SUIZA.

5. Esta *Nota de Jurisprudencia* pone de manifiesto las insuficiencias de la situación actual y de los materiales legislativos de Derecho positivo actualmente vigentes entre dos países, Suiza y España, profundamente hermanos por la emigración gallega. En este sentido se podría decir que cada una de las sustanciales exclusiones del art. 1º CL'88 constituyen auténticos fracasos en la política convencional de los dirigentes de estos dos países que condenan a los particulares a la dimensión autónoma de DIPr., siempre aleatoria y llena de obstáculos, máxime por lo que se refiere al tercer sector de su contenido relativo al reconocimiento/*exequatur* de decisiones. Téngase en cuenta,

2 Reglamento (CE) nº 2201/2003: Artículo 7º. Competencia residual.-1. Si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado.

3 Efectivamente, si ningún órgano judicial de un Estado miembro del Reglamento (CE) nº 2201/2003 dispone de CJI será debido a que el supuesto de hecho controvertido no cumple con *ninguno* de los ámbitos de aplicación espacial de los foros disciplinados en sus preceptos 3.1º, 4 y 5. En consecuencia, no siendo de aplicación el Reglamento (CE) nº 2201/2003 en materia matrimonial, la redacción de su precepto 7.1º resulta inútil en supuestos prácticos como el que se inició con la interposición de la demanda ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Betanzos.

además, que la CJI no es un fin en sí mismo sino que constituye una preparación para el *exequátur* de la sentencia, esto es, para la realización efectiva, *in casu*, de la tutela judicial efectiva. Razonamiento que, dada la existencia de un importante contingente de población gallega en Suiza, pone de manifiesto el anacronismo de la solución autónoma de DIPr., en cuanto la hipótesis fáctica supere, con carácter general al margen de los alimentos⁴, el contenido económico o patrimonial de la “materia civil y mercantil”.

En suma, tan saludable como incompleta ha sido la reciente preocupación del legislador comunitario por el Derecho de familia en la UE siendo preciso extender dicha preocupación al campo de las relaciones jurídicas de tráfico privado externo que, sobre la materia, se entablen entre los países de la UE y los integrantes de la AELC.

6. Ciertamente, a la controversia de la Sentencia de Betanzos *casi* se podría haber aplicado el foro de competencia judicial internacional en materia de divorcio del artículo 3º.a) Reglamento (CE) nº 2201/2003 último guión que prevé, como criterio de atribución, “la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión (...)”. Y es que, en la fecha de interposición de la demanda, el demandante nacional español con domicilio en España aún no había cumplido el plazo de tiempo de residencia exigido en el precepto.

Por ello, implícitamente, el supuesto práctico en cuestión, por la razón que se pondrá de manifiesto en el próximo epígrafe, supone una realización efectiva del defecto al que la doctrina alude bajo la expresión “race to the court”. Verdadero efecto secundario pernicioso del derecho a la tutela judicial efectiva, tanto del demandante como del demandado, del principio de proximidad y de la dificultad inherente a cualquier intento de poner “vallas” o “mojones” o límites al carácter existencial y a la movilidad de la persona.

Con todo, aun en la hipótesis en que procediera aplicar el foro del Reglamento (CE) nº 2201/2003, para las autoridades suizas de reconocimiento la resolución judicial dictada sobre dicha base jurídica sería tan extraña y ajena -no siendo aplicable el CL’88- como si se hubiera dictado sobre la base de la dimensión autónoma española de conflicto de jurisdicciones: la consecuencia final para las partes no puede ser sino un perjuicio en sede del reconocimiento, esto es, un perjuicio en términos de costes en tiempo y dinero y, en último extremo, un perjuicio para ambas partes o alguna de ellas en sede del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

IV. ACCIÓN DE ALIMENTOS.

1. Introducción a la competencia judicial internacional.

7. Ha quedado establecido que el CL’88 regula las relaciones jurídicas de competencia judicial internacional entre los países de la UE y los de la AELC. Y aunque el

4 Como se comprueba es en el sector del contenido del DIPr. relativo al reconocimiento y *exequátur* de decisiones donde se percibe con mayor claridad e intensidad las repercusiones derivadas del ámbito de aplicación material, en lo que aquí interesa destacar, del CL’88 y de la fractura observada entre, por un lado, los efectos personales y patrimoniales del matrimonio y, por otro, la obligación de alimentos (art. 1.1º y 5.2º.II). En última instancia, el reconocimiento parcial lo que está haciendo es poner de manifiesto la incapacidad e incluso el fracaso de las autoridades estatales en la puesta en marcha de políticas legislativas internacionales uniformes que sólo pueden repercutir en beneficio de los particulares verdaderos protagonistas del tráfico privado externo en su dimensión jurídica perteneciente al Derecho de familia.

ámbito de aplicación *ratione materiae* del CL'88 disciplinado en su artículo 1º excluye de su radio de alcance convencional los efectos personales y patrimoniales de la crisis del vínculo matrimonial; sin embargo, en materia de alimentos, el TJUE ha interpretado el art. 5.2º del Convenio *paralelo* de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (CB'68) de forma amplia o extensiva primando su contenido económico o patrimonial por encima de su origen o fuente parental, matrimonial o sucesorio determinando, en consecuencia, su inclusión dentro del ámbito de aplicación material convencional.

2. Carácter autónomo (art. 5.2º.I CL'88) y derivado (art. 5.2º.II CL'88) de la deuda alimenticia: sus repercusiones en sede de la CJI.

8. La obligación alimenticia es un mecanismo de protección en el ámbito de la familia y también en el ámbito de la protección de los menores. Más allá de la cuestión material, esto es, del contexto o de la coyuntura en que se encuentran los sujetos intervinientes o interesados, la obligación alimenticia conecta con la protección de la familia y con la materia relativa a la responsabilidad parental⁵. Extremos, ambos, puestos de manifiesto en las dos dimensiones, *derivada* y *autónoma*, del régimen jurídico de la obligación de alimentos en el tráfico privado externo⁶; hallándose la *dimensión derivada* dominada, en lo que aquí interesa destacar, por la *vis atractiva* de la crisis matrimonial y la *dimensión autónoma*, por las consideraciones sustantivas o materiales de protección de la parte débil de la relación jurídica. Se percibe así un choque o una confrontación que adopta elementos básicos comunes compartidos con el ámbito de la responsabilidad parental, tal como se ha tenido oportunidad de poner de relieve en un trabajo de investigación anterior⁷.

9. Precisamente las dos concepciones *autónoma* y *derivada* de la deuda alimenticia hacen acto de aparición en el procedimiento judicial objeto del presente comentario de jurisprudencia⁸. Siendo, en esta ocasión, la *vis atractiva* de la crisis matrimonial la que se muestra capaz de romper y de superar una autonomía de la deuda alimenticia, por lo demás común a aquellas situaciones ajenas a la presencia de un elemento cuali-

5 Conviene resaltar que cuando se hace referencia a la obligación alimenticia, no sólo se trata de relaciones patrimoniales o pecuniarias, sino también de relaciones personales que requieren una especial atención dirigida a ambas partes de la obligación, alimentante y alimentista, para de esa forma asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Miralles Sangro, P. P.: "Tema XXIII: La obligación alimenticia. Hacia nuevas fórmulas de protección internacional del menor", en *Derecho Internacional Privado. Vol. II. Derecho civil internacional*. Madrid, segunda edición, octubre 2004, UNED, Ana Paloma Abarca Junco (directora), pág. 217.

6 El problema inicial con que se enfrenta la regulación de tráfico privado externo de competencia judicial internacional de las obligaciones alimenticias en el ámbito internacional es el de la propia autonomía de la deuda alimenticia. Si se exceptúan los supuestos de alimentos entre parientes, incluidos los cónyuges convivientes o separados de hecho, susceptibles de conformar una categoría autónoma, las obligaciones alimenticias pueden derivar y conectarse directamente (=es la idea de la conexidad) con instituciones jurídicas específicas, dotadas de su propio régimen legal: responsabilidad extracontractual, nulidad del matrimonio, separación, divorcio, tutela, contrato, legado sucesorio, etc. En estos casos, el principio de base apunta a una aplicación de las normas de Derecho internacional privado referidas a las instituciones de las que trae causa la obligación alimenticia, de forma que deberán aplicarse los foros de competencia y las normas de conflicto referidas a los contratos, la responsabilidad extracontractual, las sucesiones, el divorcio (=la disolución del vínculo conyugal), etc. Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, tercera edición, Madrid, 2004, pág. 407.

7 Véase nota a pie de página nº 1.

8 Efectivamente, en la sentencia del Juzgado de Betanzos aparecen recogidas ambas concepciones *autónoma* y *accessoria* o *conexa* de la obligación de alimentos, puesto que en Suiza se dictó inicialmente una resolución judicial específica de alimentos de la que se hace eco la sentencia del Juzgado de Betanzos dictada en el marco de un divorcio contencioso en el que se vuelven a fijar los alimentos de los hijos de la pareja.

tativo heterogéneo: más allá de la propia institución de la crisis matrimonial, la responsabilidad extracontractual, el contrato, el legado sucesorio, etc.

Técnicamente, la autonomía de la deuda alimenticia significa, en DIPrivado, la búsqueda de criterios de atribución y de criterios de conexión dominada completamente por los principios informadores de la institución en cuestión: entre ellos, las célebres *consideraciones sustantivas o materiales de protección de la parte débil de la relación jurídica*. Por el contrario, la concepción derivada de la deuda alimenticia, de acuerdo con el criterio interpretativo expuesto, significa mudar tales *consideraciones* por otros valores jurídicos suministrados por la institución jurídica-marco o acogedora: en lo aquí interesa destacar, la economía procesal cuya realización práctica ostenta el foro de la crisis matrimonial. Ciertamente la fuerza arrolladora de este modo de proceder en Derecho comparado pone de relieve las bondades de esta estrategia; máxime habida cuenta de que, si el foro de la crisis matrimonial no es capaz de ganarse para sí la justicia conflictual [art. 5.2º.I en contraposición con el art. 5.2º.II Reglamento (CE) nº 44/2001, CB'68 y CL'88] sí es cierto que la mayor amplitud sustantiva o material de la que se beneficia el foro de la crisis matrimonial redundará en superiores cotas de justicia sustantiva o material: se produce, a raíz de la crisis matrimonial, una reorganización de la vida familiar que también afectará a la prestación de alimentos (modo y cuantía). Siendo la justicia conflictual junto con la justicia sustantiva o material los dos elementos de los que se nutren las citadas "consideraciones sustantivas o materiales de protección de la parte débil de la relación jurídica", cuya realización, por consiguiente, empero sea parcialmente, también le corresponde al foro de la crisis matrimonial. Esto es, a un foro aparentemente desligado de la suerte de la deuda alimenticia en sí misma considerada. Apariencia no obstante rota por la estructura compleja de la controversia a la que ha de hacer frente y dar cumplida respuesta el foro de la crisis matrimonial: el mismo foro gallego del supuesto práctico aquí referenciado.

Y la mayor prueba de la idoneidad del razonamiento precedente la suministra la escala de valores o de preocupaciones del legislador del art. 5.2º.II, limitada, única y exclusivamente, a combatir el foro exorbitante del *forum actoris* tanto más rechazable en un ámbito de integración, sin prestar la menor atención a problemas de proximidad o de tutela de la parte débil (alimentista).

3. Análisis de la CJI sobre la que se fundamentó el conocimiento de la controversia de alimentos realizado por los órganos judiciales suizos.

10. En cuanto a la sentencia de alimentos ya dictada en Suiza, -en un momento en el que todas las partes litigantes estaban domiciliadas en dicho Estado, pero no necesariamente en la misma localidad,- cabe señalar que la CJI de esta resolución judicial debió de regirse por el art. 2 CL'88. Efectivamente, Suiza se corresponde tanto con el Estado del criterio de atribución del art. 2 (=domicilio del demandado) como con el Estado del criterio de atribución del art. 5.2.I (=domicilio o residencia habitual del acreedor de los alimentos). De este modo, en el presente caso práctico, el foro especial por razón de la materia del art. 5.2º.I CL'88 se ve impedido de cumplir con la función que le es propia, -otorgar al actor una nueva posibilidad de ataque ("foros de ataque"),- por lo que el carácter preeminente o de columna vertebral del art. 2º en el sistema de CJI del CL'88 hace acto de aparición con la consecuencia práctica final referida con anterioridad.

11. Así se deduce de la exposición clara y rotunda de Virgós Soriano y Garcimartín Alférez realizada en clave de subsidiariedad⁹. Ahora bien, ciertamente esta

⁹ Frente al *foro general* del domicilio del demandado, los foros especiales son subsidiarios: los tribunales españoles pueden ser competentes porque el domicilio del demandado esté en España o, en su defecto, porque aquí se verifique el foro especial. En el caso de que tanto el domicilio del demandado como el

noción constituye un mecanismo neutro o inocuo en términos de CJI, pero no ocurre lo mismo en relación a la competencia territorial interna de Derecho procesal: el criterio de atribución del art. 2º del Reglamento (CE) nº 44/2001, CB'68 y CL'88 representa un foro de CJI, pero no así un fuero de competencia territorial interna, -lo que obligará al intérprete a acudir, en auxilio, a la disparidad, y aun aleatoriedad, de las soluciones del Derecho procesal del foro de interposición de la demanda,- a diferencia del art. 5º Reglamento (CE) nº 44/2001, CB'68 y CL'88 que, además de erigirse en un foro de CJI, también opera como índice de localización de la competencia territorial interna de Derecho procesal civil. Esta última circunstancia produce un indudable beneficio al acreedor de los alimentos del art. 5.2º.I Reglamento (CE) nº 44/2001, CB'68 y CL'88, pero también conduce a la consecuencia de fondo relativa a que la subsidiariedad no se puede predicar respecto de elementos heterogéneos (art. 2º y art. 5.2º.I) sino únicamente en relación a elementos homogéneos: mientras que el art. 2 aparece dominado por los intereses privados en sede del Derecho procesal civil internacional relativos a la tutela judicial efectiva tanto del demandante como del demandado fundamentados en el principio de proximidad, el foro del art. 5.2º.I es el único, dentro del extenso art. 5º, informado -no por el principio de proximidad- sino por las consideraciones sustantivas o materiales de protección de la parte débil de la relación jurídica.

Por todo ello, aun en el caso del binomio normativo formado por los preceptos arts. 2º y art. 5.2º.I, las “consideraciones” compelen a superar el mecanismo de funcionamiento o de articulación de la subsidiariedad en favor de un criterio de independencia jerárquica (consideraciones sustantivas o materiales de protección *versus* principio de proximidad) que, además de ser el único método posible de relación entre elementos heterogéneos, logra que aquéllas informen el completo proceso de determinación del órgano judicial competente incluido también el notable sector relativo a la competencia territorial interna que, igualmente, debe situarse bajo el radio de influencia de aquella noción protectora.

4. Análisis de la CJI sobre la que fundamentó el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 3 de Betanzos el conocimiento de la controversia relativa a la disolución del vínculo matrimonial.

12. Ciertamente, en esta sucesión de resoluciones judiciales sobre alimentos, de nuevo, vuelve a percibirse, -si bien en esta ocasión indirectamente,- la *vis atractiva* de la crisis del vínculo conyugal desde la óptica de la ausencia del efecto de cosa juzgada material: ¿Qué mejor ocasión para revisar una sentencia de alimentos que el procedimiento sobre estado civil por crisis matrimonial?

En realidad la respuesta evidente a este interrogante se contiene en el Considerando (11) del Reglamento (CE) nº 2201/2003, en los siguientes términos: “Las obligaciones alimentarias, al estar ya reguladas en el Reglamento (CE) nº 44/2001, están excluidas del ámbito de aplicación del presente Reglamento¹⁰. Los órganos jurisdiccionales competentes en virtud del presente Reglamento tendrán generalmente com-

foro especial se verifiquen en España, *formalmente* el juez español sólo puede declararse competente en virtud del primero. Esta relación de subsidiariedad deriva del tenor literal de la norma, tanto en el CB'68 (art. 5, “las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas *en otro* Estado contratante”), y lo mismo vale en el CL'88, como en la LOPJ (art. 22.3, “*en defecto* de los criterios precedentes”). Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J.: *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, 2000, párrafo nº 99 de la pág. 95.

10 Reglamento (CE) nº 2201/2003.

petencia para pronunciarse en materia de obligaciones alimentarias en aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento (CE) n° 44/2001”.

Luego el Considerando (11) del Reglamento n° 2201/2003 está promoviendo el binomio normativo compuesto por los preceptos 3° Reglamento (CE) n° 2201/2003 y el art. 5.2° II Reglamento (CE) n° 44/2001, CB'68 y CL'88 que este último artículo prevé. Binomio normativo que realiza, en la práctica, la acumulación procesal de las categorías jurídicas matrimonio y alimentos¹¹.

13. Con todo, en este procedimiento judicial en concreto, el foro de la *vis atractiva* de la crisis matrimonial merece una pequeña crítica. Fijando claramente los elementos subjetivos de la controversia cabe precisar que el padre, demandante en el procedimiento de crisis matrimonial, a continuación, -en materia de alimentos,- siendo deudor de la deuda alimenticia, ocupa sin embargo la posición de demandante en el campo de la revisión que, con motivo de la crisis matrimonial, tiene lugar de la sentencia de alimentos dictada con anterioridad en el tiempo en Suiza. Se cumple así con el ámbito de aplicación espacial del foro de CJI especial por razón de la materia del art. 5.2° II CL'88 puesto que el demandado, el hijo, tiene su domicilio en un Estado parte del CL'88 que no es parte del CB'68: Suiza [art. 54.ter, apartado 2° letra a) CL'88], y luego el foro especial por razón de la materia, para el caso, art. 5.2° II CL'88, desemboca en la afirmación de la CJI por los órganos judiciales de otro Estado parte (=encauzamiento del art. 5° CL'88). Como se comprueba, el, valga la expresión, “dueño” de la crisis matrimonial o de la conexidad procesal, en sede de la CJI, dispone de un amplísimo poder: crisis matrimonial, responsabilidad parental y alimentos. Otro motivo más para fomentar la negativa “race to the court” ya verificada en el campo de la litispendencia internacional: Se trata de una reflexión obviamente compartida por el equipo asesor jurídico de la parte litigante demandante.

¹¹ El foro de vinculación a las cuestiones de estado civil se justifica por razones de concentración o conexidad procesal: los alimentos suelen ser una consecuencia inmediata de la acción de estado civil. Virgós Soriano y Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pág. 173.