



Roj: **STS 939/2022 - ECLI:ES:TS:2022:939**

Id Cendoj: **28079110012022100194**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/03/2022**

Nº de Recurso: **1516/2020**

Nº de Resolución: **202/2022**

Procedimiento: **Recurso extraordinario infracción procesal**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 202/2022

Fecha de sentencia: 14/03/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1516/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 22.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1516/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 202/2022

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 14 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.ª Benita , representada por el procurador D. Javier Cervera Rodríguez, bajo la dirección letrada de D. Álvaro Sena de la Paz, contra el auto n.º 328/2019, dictado por la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid,



en el recurso de apelación n.º 722/2019, dimanante de los autos de Exequátur n.º 844/2018, del Juzgado de Primera Instancia n.º 27 de Madrid.

Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Javier Libanio Cervera Rodríguez, en nombre y representación de D.ª Benita , formuló solicitud de exequátur en reconocimiento y ejecución de sentencia extranjera, en la que solicitaba:

"[...] tenga por interpuesta, [...], solicitud de exequátur de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de Colombia el día 26 de febrero de 2018 en la que resulta condenado D. Ricardo con la privación de la patria potestad del menor Romualdo y atribución en su totalidad a la madre y dicte auto reconociendo y otorgando la ejecución de la meritada sentencia".

2.- La demanda fue presentada el 31 de octubre de 2018, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 27 de Madrid, se registró con el n.º 844/2018.

3.- Requerida la parte actora para la subsanación de falta de presentación de un documento, sin que lo verificara, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 27 de Madrid dictó auto de 18 de febrero de 2019, con la siguiente parte dispositiva:

"No se admite a trámite la demanda de Derecho de familia consistente en la solicitud de exequátur para el reconocimiento de Sentencia dictada en Colombia presentada por el Procurador D./Dña. Javier Libanio Cervera Rodríguez en nombre y representación de D./Dña. Benita , previo desglose de los documentos originales presentados, archivándose los autos previa nota en el libro correspondiente, sin perjuicio de que pueda solicitarse dicho reconocimiento cuando cumplan los requisitos precisos".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Benita .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 722/2019, y tras seguir los correspondientes trámites dictó auto en fecha 25 de junio de 2019, cuya parte dispositiva dispone:

"Disponemos: No admitir a trámite la solicitud de exequatur para reconocimiento de ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia del Juzgado Civil del Circuito de DIRECCION000 (Colombia) de 26 de febrero de 2018, y por los argumentos y razonamientos jurídicos expuestos en la presente resolución.

No se hace declaración sobre condena en las costas del recurso".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación*

1.- El procurador D. Javier Libanio Cervera Rodríguez, en representación de D.ª Benita , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º Infracción del derecho de acceso a la jurisdicción. Artículo 24.1 de la CE.

2º Infracción de normas reguladoras de la sentencia del artículo 218 de la LEC".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1.- Inexistencia de doctrina jurisprudencial relativa a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil, en concreto del artículo 46 del citado texto legal.

2.- Infracción de derecho fundamental; del derecho de acceso a la educación. Artículo 27 de la CE".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 1 de diciembre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:



"1.º Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y admitir el recurso de casación interpuesto por doña Benita contra el auto de fecha de 25 de junio de 2019 dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª), en el rollo de apelación n.º 722/2019, dimanante del juicio de reconocimiento de resolución extranjera n.º 844/2018 del Juzgado de Primera instancia n.º 27 de Madrid.

2.º Dese traslado al Ministerio fiscal para que formalice por escrito el trámite previsto en el art. 485 LEC.

Contra este auto no cabe recurso".

3.- Se dio traslado al Ministerio Fiscal, que impugnó los motivos del recurso de casación y los del recurso extraordinario por infracción procesal mediante el correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 7 de febrero de 2022 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 8 de marzo del presente, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

A los efectos decisorios de la presente petición de reconocimiento de sentencia dictada por tribunal extranjero, partimos de las consideraciones siguientes:

1º.- La actora D.ª Benita promovió procedimiento de exequatur a los efectos de obtener el reconocimiento de la sentencia dictada por el Juzgado Civil del Circuito de DIRECCION000 (Colombia), en la que se le atribuyó la patria potestad en exclusiva sobre su hijo Luis Andrés, con la correlativa privación de ella al padre del menor D. Ricardo.

2º El referido menor nació en España, el NUM000 de 2008, y fue inscrito su nacimiento en el Registro Civil de DIRECCION001. En la correspondiente certificación registral consta que los padres vivían en dicha localidad y que ambos contaban con la nacionalidad española.

3º.- En el procedimiento seguido ante las autoridades judiciales colombianas, para proceder al emplazamiento personal del demandado, se libró despacho al Cónsul de Colombia en Toledo (España), sin que consten las concretas gestiones realizadas para su localización, que resultaron infructuosas, lo que motivó que fuera emplazado por edictos y que se dictase sentencia en rebeldía.

4º.- En la solicitud de exequatur se pretendía que la resolución de reconocimiento se dictara tomando como nombre del menor el de Romualdo, en lugar del que figura en la certificación del Registro Civil de DIRECCION001, que es el de Ricardo. A tal efecto, se aportó una escritura pública de cambio de nombre ante un notario de Colombia.

5º.- Ante tal circunstancia, el Juzgado de Primera Instancia n.º 27 de Madrid, al que le correspondió el conocimiento de la homologación interesada, requirió a la promotora para que aportara la resolución del Registro Civil de cambio de nombre del menor en España, así como interesó se facilitase el domicilio, dirección de correo electrónico y teléfono de D. Ricardo.

La promovente, al evacuar el traslado conferido, contestó que la solicitud de cambio de nombre estaba pendiente de calificación registral y, en relación con los datos de D. Ricardo, reiteró que desconocía su paradero por haber roto las relaciones desde hacía tiempo. No obstante, en el mismo escrito, la promotora consintió que la homologación la sentencia extranjera se hiciera empleando el nombre de su hijo menor, tal como figura en el Registro español.

6º.- Con fecha 18 de febrero de 2019, el Juzgado inadmitió a trámite la solicitud por no haberse subsanado el defecto de la presentación de la resolución favorable de cambio de nombre.

7º.- Contra el auto dictado, se interpuso por la promotora recurso de apelación, en el que manifestó, de nuevo, que admitía que el procedimiento se siguiera con el nombre del menor que actualmente consta en el Registro. El Ministerio Fiscal se opuso, dado que "el reconocimiento interesado hace referencia a otro menor distinto del que aparece inscrito en el Registro Civil español".

8º.- El conocimiento del recurso correspondió a la sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid. Durante la tramitación del rollo de apelación, se requirió a la apelante a los efectos de comprobar la observancia del requisito del art. 46. 1 a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional, relativo a si se había emplazado personalmente al demandado.



9º.- Dicho requerimiento fue contestado por la promovente mediante escrito en el que indicaba las gestiones efectuadas al respecto a través del Consulado de Colombia en Toledo hasta en tres domicilios distintos, así como el emplazamiento edictal en periódicos colombianos de tirada nacional. Contenía igualmente las alegaciones derivadas de la imposibilidad del practicar el emplazamiento personal. Se aportaron documentos del procedimiento seguido ante el juzgado colombiano.

10º.- Tras el traslado conferido, el Fiscal emitió nuevo informe en el que consta:

"[...] dado que el demandado no fue citado personalmente, en el procedimiento en el que se dictó la resolución cuyo reconocimiento se interesa, sino a través de publicaciones por edictos, se considera que en todo caso debería denegarse el reconocimiento de la citada resolución".

11º.- Así las cosas, la Audiencia dictó auto inadmitiendo la solicitud, por no haberse dictado la sentencia, cuya homologación se instaba, con citación personal del demandado, lo que constituía un requisito del orden público de ineludible observancia, señalando, no obstante, que se apartaba del criterio del juzgado sobre la falta de reconocimiento por la circunstancia de que no se hubiera subsanado el cambio del nombre del menor en el Registro Civil.

12º.- Contra dicho auto se interpusieron recursos extraordinarios por infracción procesal y casación. El primero, fundado en la infracción del derecho fundamental del art. 24 CE, en cuanto al acceso a la jurisdicción, así como por vulneración del art. 218 de la LEC, por incongruencia "omisiva". El segundo recurso, por vulneración del art. 46 de la Ley 29/2015, y art. 27 CE, relativo al derecho fundamental a la educación.

13º.- El Ministerio Fiscal, en su exhaustivo y riguroso informe, con la cita de la oportuna jurisprudencia al respecto, procedió al análisis detenido de los recursos interpuestos, tanto, desde el punto de vista de su admisibilidad, como sobre la cuestión de fondo suscitada en ellos.

De esta manera, tras destacar los defectos procesales apreciados, descartó, en síntesis, que se hubiera infringido el art. 24.1 de la CE, puesto que el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende la obtención de una respuesta necesariamente concorde con la pretensión ejercitada; así como que la inadmisión de una petición formulada es legítima cuando se aprecia, de forma razonada, la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la ley, que no sea objeto de una interpretación o aplicación caracterizada por el rigorismo o formalismo desproporcionado, lo que no era el caso, máxime cuando estaba en juego el interés superior de un menor sobre la privación de la patria potestad de su padre.

Rechazó, igualmente, el Ministerio Fiscal, que la sentencia hubiera incurrido en incongruencia que, en cualquier caso, no sería omisiva, sino *extra petita* (fuera de lo discutido), toda vez que en segunda instancia se planteó expresamente la cuestión concerniente al emplazamiento personal del demandado sobre la cual las partes hicieron alegaciones y aportaron documentos.

En cuanto al recurso de casación, el Ministerio Público, se refirió a los distintos supuestos de rebeldía: por convicción (por reputar incompetente al tribunal), a la fuerza (por falta de citación) o por conveniencia (cuando conocido el proceso no se persona el demandado ante el tribunal extranjero). En este caso, nos encontraríamos ante una rebeldía del segundo tipo, no expresamente buscada por el demandado. Se alega que el conocimiento del proceso para el ejercicio del derecho de defensa forma parte del orden público del foro. Admite, el Fiscal, la tesis del recurrente relativa a que se puede valorar si se ha hecho todo lo razonable, que se podía exigir al tribunal colombiano, para el emplazamiento del demandado a los efectos de comprobar la concurrencia de dicha exigencia legal.

No obstante, concluye que, tal y como fue practicado el emplazamiento, no se agotaron las posibilidades para la localización del demandado, no llevadas a efecto por vía judicial, sino por el consulado colombiano en España, máxime cuando no constan las concretas gestiones practicadas a tal fin, todo ello, en relación, además, con la relevancia de la decisión que se adopta.

Por último, descarta la lesión del derecho fundamental a la educación del menor del art. 27 CE, puesto que no nos hallamos ante un proceso de lesión de derechos fundamentales, así como la escolarización del menor no corre peligro alguno, ni depende de la ejecución de la sentencia dictada por el tribunal extranjero, toda vez que el ejercicio de la patria potestad por ausencia o imposibilidad de un progenitor le corresponde al otro, o, cuando vivan separados, se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva, que es la madre recurrente en aplicación del art. 156 CC.

SEGUNDO.- Examen de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal

En este caso, la parte incurre en el defecto formal de no especificar con base en qué concreto supuesto del art.º 469.1 LEC funda las infracciones procesales que denuncia; no obstante, las mismas, en cualquier caso, no pueden prosperar.



2.1 Infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En el primer motivo, se alega infracción del art. 24.1 CE que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de acceso a la jurisdicción.

Es cierto que el art. 24.1 CE comprende como consustancial a su esfera jurídica, el derecho al acceso a la jurisdicción; es decir, a poner en marcha la actividad jurisdiccional cara a la obtención de una resolución motivada y fundada en derecho proveniente de los juzgados y tribunales. Ahora bien, tal derecho no se infringe cuando se dicta una resolución razonada de inadmisión basada en un precepto legal que la avale, pero siempre condicionada al límite infranqueable de no incurrir en formalismos excesivos u obstáculos carentes de justificación, que cercenen indebidamente el núcleo tuitivo de tal derecho fundamental.

El proceso, medio heterocomposición, concebido como instrumento legal de resolución pacífica de los conflictos entre las personas y de realización del derecho objetivo, implica la vigencia del principio *pro actione* y, en consecuencia, impone el especial rigor que requiere la apreciación de las causas de inadmisión de los actos de iniciación de su curso, en tanto en cuanto impiden la obtención de una respuesta judicial de fondo frente a la pretensión ejercitada; cosa distinta es que sea favorable a quien la postula, cuestión que discurre ajena a tal derecho fundamental.

En este sentido, las SSTC 83/2016, de 28 de abril, FJ 5; 12/2017, de 30 de enero, FJ 3 y 140/2021, de 12 de julio, FJ 4, proclaman que los defectos determinantes de inadmisión deben fundarse en un precepto expreso de la ley para que resulte acorde con el derecho de acceso a la jurisdicción, y a tal efecto razonan:

"No se trata, sin embargo, de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal que puede establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos. Esto es, al ser un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que haya establecido el legislador para cada sector del ordenamiento procesal. De ahí que el derecho a la tutela judicial efectiva quede satisfecho cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión o meramente procesal, apreciando razonadamente la concurrencia en el caso de un óbice fundado en un precepto expreso de la ley, si este es, a su vez, respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental. Por tanto, una decisión judicial de inadmisión no vulnera este derecho, aunque impida entrar en el fondo de la cuestión planteada, si encuentra fundamento en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente. No obstante, al tratarse en este caso del derecho de acceso a la jurisdicción y operar, en consecuencia, en toda su intensidad el principio *pro actione*, no solo conculcan este derecho las resoluciones de inadmisión o desestimación que incurran en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, sino también aquellas que se encuentren basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelan una clara desproporción entre los fines que la causa legal preserva y los intereses que se sacrifican".

Se pronuncia de la misma manera la STC 67/2010, de 18 de octubre, FJ 3, cuando señala:

"En este sentido venimos afirmando que el control constitucional de las decisiones de inadmisión se realiza de forma especialmente intensa cuando aquellas determinan la imposibilidad de obtener una primera respuesta judicial, dado que en estos casos el principio *pro actione* opera sobre los presupuestos procesales establecidos legalmente para el acceso a la justicia, impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida (entre otras, SSTC 122/1999, de 28 de junio, FJ 2; 133/2005, de 23 de mayo, FJ 2, y 327/2006, de 20 de noviembre, FJ 3)".

Pues bien, en el presente caso, no se ha lesionado el art. 24.1 CE, dado que el auto de la Audiencia se ampara en un requisito de orden público, consistente en que el proceso, bajo cuyos trámites procedimentales se dictó la sentencia extranjera cuya homologación se solicita, no se haya pronunciado en rebeldía involuntaria del demandado, de manera tal que no haya tenido oportunidad de articular su derecho de defensa, por desconocimiento de la existencia del proceso en el que fue parte demandada, lo que conforma un requisito elevado a rango legal expresamente contemplado en el art. 46 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional.

En efecto, el precitado art. 46.1 proclama que las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán:

"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".

Por su parte, el art. 54. 4 b) de dicha disposición general proclama que la demanda se ajustará a los requisitos del artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y deberá ir acompañada del "documento que acredite, si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente".

La Audiencia requirió expresamente a la recurrente para acreditar la forma en que se llevó a efecto el emplazamiento del demandado, cuestión con respecto a la cual se realizaron las oportunas alegaciones por la promovente y el Ministerio Fiscal. Por consiguiente, la parte obtuvo una decisión razonable de inadmisión fundada en la ley, por lo que no cabe considerar lesionado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su manifestación de acceso a la jurisdicción. La corrección del juicio de la Audiencia se abordará al resolver el recurso de casación interpuesto.

2.2 Incongruencia omisiva.

Se sostiene vulnerado el deber de congruencia que a las sentencias impone el art. 218 LEC.

Como hemos declarado, en múltiples resoluciones, la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes, oportunamente deducidos, y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir (sentencias 580/2016, de 30 de julio, más recientemente 548/2020, de 22 de octubre; 87/2021, de 17 de febrero; 562/2021, de 26 de julio; 611/2021, de 20 de septiembre y 751/2021, de 2 de noviembre, entre otras muchas).

En consecuencia, ahondando en el contenido que impone el deber de congruencia, hemos señalado, con reiteración, que una sentencia es incongruente, si concede más de lo pedido por las partes (*ultra petita*); se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*); se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita de la pretensión deducida; por el contrario, es perfectamente válido que dé menos de lo pedido (*infra petitem*), lo que no constituye infracción de incongruencia, salvo que diera menos de lo admitido por la contraparte (sentencias 604/2019, de 12 de noviembre; 31/2020, de 21 de enero; 267/2020, de 9 de junio; 526/2020, de 14 de octubre; 37/2021, de 1 de febrero y 751/2021, de 2 de noviembre).

Por otro lado, hemos señalado en la sentencia 460/2020, de 3 de septiembre que:

"[...] por regla general las sentencias desestimatorias no pueden incurrir en incongruencia, pues resuelven sobre todo lo pedido (así, sentencia 31/2020, de 21 de enero, con cita de las sentencias 131/2018, de 7 de marzo, 261/2018, de 3 de mayo y 297/2018, de 23 de mayo); que por ello las sentencias absolutorias solo serán incongruentes cuando la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el órgano judicial (sentencia 722/2015, citada por la 622/2019) y, en fin, que no hay incongruencia omisiva cuando el silencio judicial puede interpretarse razonablemente como desestimación implícita (entre otras, sentencias 297/2018, de 23 de mayo, 453/2018, de 11 de julio, 661/2017, de 12 de diciembre, y 572/2017, de 23 de octubre)".

Pues bien, la resolución dictada por la Audiencia no es incongruente, ya que resuelve la petición planteada por la parte actora con respecto a uno de los requisitos que exige la homologación judicial de la sentencia extranjera, cuál es si el proceso se siguió en rebeldía involuntaria del demandado, valorando, para ello, las circunstancias bajo las cuales se llevó a efecto su emplazamiento. Sobre tal cuestión se dio plazo a la recurrente para aportar la documentación oportuna a la que expresamente se refiere el art. 54.4 b) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, requisito en relación con el cual efectuó las oportunas alegaciones, de igual manera que el Ministerio Fiscal.

No existe, pues, incongruencia omisiva, en tanto en cuanto el tribunal resolvió la cuestión controvertida conforme a los presupuestos legales de la petición formulada. La circunstancia de que lo hiciera valorando otro requisito legal de reconocimiento, distinto al apreciado por el juzgado, que fue sometido a contradicción, no convierte a la resolución de la audiencia en incongruente.

TERCERO.- Examen del primero de los motivos de casación

El recurso se fundamenta en la infracción del art. 46 de la Ley 29/2015 que, en su apartado 1 b), proclama que las resoluciones extranjeras no se reconocerán si se hubieran dictado en rebeldía, y añade que "[...] 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".



A tal efecto, se establece que, con la demanda, se deberán aportar los documentos que demuestren haberse cumplido dicho requisito, en tanto en cuanto norma el art. 54, que deberá aportarse con ella el "[...] documento que acredite, si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente".

El Tribunal Constitucional ha proclamado que "[...] el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) garantiza a todos los que puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en un proceso judicial el derecho a conocer su existencia, a fin de que tengan la posibilidad de intervenir en él, ser oídos, y ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos, y en este sentido es reiterada la doctrina constitucional sobre la importancia de los actos de comunicación para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión" (SSTC 180/2015, de 7 de septiembre, FJ 4, y jurisprudencia allí citada, así como 26/2020, de 24 de febrero).

Esta Sala ha diferenciado, a los efectos de reconocimiento de la resolución extranjera, las diferentes causas a que obedece la incomparecencia de la parte demandada al proceso, distinguiendo los casos en que debidamente citada y emplazada -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, por el contrario, en los que la falta de personación en el proceso para el oportuno ejercicio del derecho de defensa se debe al desconocimiento de su existencia.

Es, precisamente, esta última clase de rebeldía involuntaria la que opera como un obstáculo para el reconocimiento de la sentencia extranjera; mientras que, en la primera de ellas (rebeldía voluntaria), el reconocimiento es plenamente viable.

En el sentido expuesto nos hemos manifestado en los autos de esta Sala de 28-10-97, 23-12-97, 17-2-98, 7-4-98, 2-2-99, 22-6-99, 7-9-99, 28-9-99, 16-5-2000, 3-10-2000, 23-1-2001, 27-3-2001, 10-4-2001, 24-4-2001, 18-9-2001, 30-10-2001, 6-11-2001, 29-1-2002, 30-4-2002, 14-5-2002, 18-6-2002, 25-6-2002, 2-7-2002, 17-9-2002, 20-10-2002, 5-11-2002, 11-2-2003, 11-3-2003, 20-5-2003, 1-3-2005 y 7-12-2005, citados en los autos de 9 de mayo de 2006, en recurso 213/2002 y 30 de mayo de 2006, en recurso 644/2003, o más recientemente en la sentencia 625/2015, de 26 de noviembre).

En aplicación de la doctrina expuesta no impide el reconocimiento de la resolución extranjera en el caso de rebeldía voluntaria, así la sentencia 845/2006, de 5 de septiembre, proclamó que:

"La Sentencia se dictó en rebeldía, pero la ausencia de la demandada, después de notificada, obedeció a su propia conveniencia y no puede, en ningún caso, fundar un supuesto de indefensión, que consiste, según la jurisprudencia constitucional, en la privación o limitación no imputable al justiciable de cualesquiera medios legítimos de defensa de la propia posición dentro del proceso (entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 101/2001 y 143/2001".

Tampoco conforman óbices para el reconocimiento de la resolución las situaciones de rebeldía que no sólo son consentidas por el propio demandado, "sino además articuladas desde su mala fe procesal en el curso del procedimiento" (sentencia 599/2016, de 6 de octubre). Otras situaciones, que no impiden el reconocimiento por tal causa se producen cuando es el propio demandado rebelde el que insta el cumplimiento de la sentencia (auto de 10 de julio de 1982); o su reconocimiento (auto 22 de diciembre de 1983) o se allana a lo solicitado por la contraparte (auto de 21 de octubre de 1982).

La expresión normativa de que sea entregada la "cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse", ya figura de tal forma recogida en el art. 27.2 del Convenio de Bruselas sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968, así como en el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988. Fue interpretada por la STJUE de 13 de julio de 1995, C-474/93, Hengst Import BV, en el sentido de que con ella se quiere dar a entender que se "se designa el acto o los actos cuya entrega o notificación al demandado, efectuada de forma regular y con tiempo suficiente, coloca a éste en condiciones de invocar sus derechos antes de que se dicte en el Estado de origen una sentencia ejecutoria". Aunque se trata de convenios no aplicables al presente caso, que versa sobre el reconocimiento de una sentencia dictada por un tribunal colombiano, constituyen antecedentes normativos del art. 46 de la Ley 29/2015 y sirven para justificar la razón de su exigencia.

Pues bien, en el presente caso, la inadmisión de la demanda está bien acordada, al no haberse aportado, pese al requerimiento efectuado, los documentos acreditativos de la puesta en conocimiento del demandado de la existencia del proceso en que se dictó la sentencia cuyo reconocimiento se postula. No es suficiente que se acredite que para el emplazamiento del demandado se libró despacho al cónsul de Colombia en Toledo, si



no constan las concretas gestiones efectuadas para su localización o la concreta forma en que se intentó su emplazamiento, sin que sea suficiente la publicidad edictal en periódicos de Colombia, cuando el demandado carece de punto de conexión conocido con tal país, al ser nacional español, y darse como lugar de residencia España.

Como dijimos en la sentencia 1316/2017, de 4 de diciembre:

"Tampoco los documentos aportados por la parte solicitante con el mismo fin sirven para ello, pues un detenido examen de su contenido permite apreciar que ninguno de ellos contiene una indicación inequívoca de los actos objeto de notificación, ni de los documentos que habían de ser entregados a los demandados; y si se admite que los actos de comunicación realizados, bien a través de comisión rogatoria, bien por vía consular o postal, y siempre y en todo caso al amparo del Convenio XIV de La Haya, de 15 de noviembre de 1965, venían referidos a las actuaciones judiciales que tenían por objeto poner en conocimiento de los demandados el origen y objeto del proceso, así como su emplazamiento, se ha de convenir entonces que los documentos aportados por la parte promovente en ningún caso sirven para justificar la recepción por los demandados de la demanda o de documento equivalente con tiempo suficiente para que pudieran defenderse, pues en todos los casos figura como fecha de recepción una muy posterior a la de 26 de noviembre de 1991, día en el que había de tener lugar la audiencia ante el Tribunal de Gran Instancia de París para la que fueron citados las partes".

Por todo ello, este motivo de casación no puede ser estimado.

CUARTO.- Análisis del segundo de los motivos de casación

Este motivo se fundamenta en la lesión del derecho fundamental a la educación del art. 27 CE. Lleva razón el Ministerio Fiscal cuando alega, como óbice formal de inadmisibilidad, la circunstancia de que no nos hallamos ante un pronunciamiento seguido por razón de protección de derechos de tal clase al amparo del art. 477.2.1.º LEC, en relación con el art. 249.1.2.º de dicha ley procesal, ni la invocación de tal precepto constitucional guarda relación alguna con la cuestión objeto del presente procedimiento, relativa al reconocimiento de una sentencia dictada por un tribunal extranjero.

Ha declarado, reiteradamente, el Tribunal Constitucional, que "el derecho de todos a la educación recogido sintéticamente en el apartado 1 del artículo 27 CE y desarrollado en los apartados siguientes, tiene una doble dimensión o contenido de derecho de libertad y prestacional" (SSTC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7; 191/2020, de 17 de diciembre y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2).

La jurisprudencia no limita la dimensión prestacional del derecho consagrado en el art. 27.1 CE a la educación básica, que debe ser obligatoria y gratuita (art. 27.4 CE), sino que deberán hacerla efectiva los poderes públicos, garantizando "el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza (art. 27.5 CE)", según las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8 y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.

Pues bien, en el presente caso, deviene inexplicable la alegación de la vulneración de tal derecho fundamental; pues la escolarización del hijo de los litigantes no exige la privación de la patria potestad de su progenitor, correspondiendo a la madre su ejercicio como, con diáfana claridad, resulta del art. 156 del CC, que se la atribuye en los supuestos de ausencia o imposibilidad del otro progenitor, o en el caso de que vivan separados, pues entonces se ejercerá por aquél con quien el hijo viva que, en este caso, es la madre. Por todo ello, no existe obstáculo legal alguno para que la recurrente proceda a la matriculación de su hijo, sirva de interlocutora con el centro escolar, y sea reputada como representante legal del menor (art. 154.2.º CC).

QUINTO.- Costas

La desestimación de los recursos interpuestos conlleva la correlativa condena en costas (art. 398 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

1º) Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D.ª Benita contra el auto 328/2019, de 25 de junio, dictado en el rollo de apelación 722/2019, por la sección vigesimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid.

2º) Imponer las costas a la parte recurrente.

3º) Remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo su notificación por este Tribunal a las partes recurrente y recurrida comparecidas ante esta Sala.



Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ