

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
A CORUÑA

=====
Secretaría

NOTIFICADO
11 MAY 2006

NOTIFICACION DE SENTENCIA

Por la presente se notifica a la persona abajo indicada la **sentencia** que, por copia adjunta, se acompaña, dictada en el día de hoy en el procedimiento que también se indica.

Al propio tiempo se le hace saber que es **firme**, siendo solamente susceptible del **recurso de casación en interés de Ley**, que podrá ser interpuesto dentro de los **tres meses** siguientes a su notificación, directamente ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, a medio de escrito con los requisitos establecidos en el artículo 100 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, por las personas y entidades a que se refiere dicho precepto. Asimismo, podrá interponer contra ella cualquier otro recurso que estime adecuado a la defensa de sus intereses.

PROCEDIMIENTO NUMERO: RECURSO DE APELACION 0000049 /2006

RECURRENTE: JUDITH ANDREA LUCACHESKY JOSE

RECURRIDO: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO A CORUÑA

A CORUÑA, once de Mayo de dos mil seis.

El/la secretario/a

Fdo. CONCEPCION OTERO PIÑEIRO

PERSONA A NOTIFICAR

Procurador : D/Dª .GONZALO LOUSA GAYOSO .

Abogado: D/Dª

REPRESENTANTE DE LA PARTE APELANTE

**T. S. J. GALICIA CON/AD SEC.1
A CORUNA**

SENTENCIA: 00455/2006

PONENTE: D./D^a FERNANDO SEOANE PESQUEIRA

RECURSO: RECURSO DE APELACION 0000049 /2006

APELANTE: JUDITH ANDREA LUCACHESKY JOSE

APELADO: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO A CORUÑA

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos./as. Sres./as. D./D^a

BENIGNO LOPEZ GONZALEZ

FRANCISCO JAVIER CAMBON GARCIA

FERNANDO SEOANE PESQUEIRA

**NOTIFICADO
11 MAY 2006**

LA CORUÑA, once de Mayo de dos mil seis.

En el RECURSO DE APELACION 0000049 /2006 pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por JUDITH ANDREA LUCACHESKY JOSE, contra AUTO de fecha veintiuno de Noviembre de dos mil cinco dictada en el procedimiento PO 0000029 /2003 por el JDO. DE LO CONTENCIOSO n° 002 de A CORUÑA sobre EXTRANJERÍA. Es parte apelada LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO A CORUÑA.

Es ponente el Ilmo./a. Sr./a. D./D^a. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Suspender el curso de los autos con suspensión del trámite para dictar sentencia, mientras no se

obtenga el oportuno exequátur de la Sentencia extranjera de divorcio referida anteriormente, advirtiendo a los interesados que deben instar tal procedimiento civil ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente, poniendo en conocimiento de este Juzgado el hecho de su formulación y admisión de la demanda. Las partes deberán solicitar la reanudación con el apercibimiento del archivo provisional del procedimiento".

SEGUNDO.- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

NO SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, y

PRIMERO.- Doña Judith Andrea Lucachesky interpone recurso de apelación contra el auto de 21 de noviembre de 2005 del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de A Coruña por el que se acordó suspender el curso del procedimiento ordinario nº 29/2003 promovido por aquella contra resolución de la Subdelegación del Gobierno en A Coruña denegatoria de solicitud de tarjeta de familiar de residente comunitario, cuya suspensión del trámite para dictar sentencia se decide mientras no se obtenga el oportuno exequatur de la sentencia extranjera de divorcio del marido de la recurrente, de nacionalidad española.

SEGUNDO.- En orden a resumir los hechos acaecidos conviene indicar que por la apelante se formuló en su día recurso contencioso-administrativo contra resolución de fecha 26 de diciembre de 2002, dictada por la Subdelegación del Gobierno en A Coruña, por la que se acordaba la desestimación del recurso potestativo de reposición interpuesto por Doña Judith Andrea Lucachesky de Rial contra otra de fecha 13 de noviembre de 2002 por la que se archiva su solicitud de tarjeta en régimen comunitario.

La recurrente fundó su petición en el hecho de estar casada con cónyuge español, con quien contrajo matrimonio en Argentina, de donde es nacional, y haber efectuado su entrada provista de visado de residencia por reagrupación familiar expedido por el Consulado General de España en Argentina. Junto con dicha comunicación presentó documentación acreditativa de la inscripción de su matrimonio en el Registro Civil Argentino.

Para la determinación de si tenía derecho a trato comunitario fue requerida para que presentara documental acreditativa de que el matrimonio celebrado entre ciudadana extranjera y ciudadano español constaba inscrito en Registro Civil español. En cumplimiento del requerimiento presentó contestación aportando notificación del Registro Civil Central por la que le comunicaba que para la anotación del matrimonio

solicitado deberían inscribir el primer matrimonio y divorcio del contrayente español en el Registro Civil Español, para lo que debía obtener el oportuno exequatur de la sentencia extranjera de divorcio ante la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Mediante la resolución de fecha 19 de diciembre de 2002 se le comunicó el archivo del expediente solicitado por falta de documentación. No obstante se le informó que en tanto no pudiera acreditar la inscripción de matrimonio en el Registro Civil Español podía acogerse al Régimen General no laboral. Disconforme con esta resolución interpuso recurso potestativo de reposición que, por lo expuesto, fue desestimado con fecha 2 de enero de 2003.

En trámite de dictar sentencia el juzgador de primera instancia dictó auto de fecha 16 de marzo de 2004, acordando oír a las partes al amparo del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a las cuestiones prejudiciales, para que formularan alegaciones sobre si conformaba una de ellas el previo pronunciamiento del Tribunal Supremo en materia de exequatur. Evacuado por el Abogado del Estado, el órgano a quo dictó auto de fecha 7 de abril de 2004 acordando la suspensión del curso de los autos con suspensión del trámite para dictar sentencia mientras no se obtenga el oportuno exequatur de la sentencia extranjera de divorcio con advertencia a los interesados de que deben instar tal procedimiento civil especial ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo.

No habiendo precluido el trámite de la recurrente para formular alegaciones respecto de la cuestión prejudicial, y tras haberlas presentado, se dicta auto de fecha 23 de abril de 2004 decidiendo no haber lugar a alzar la suspensión de los autos en el estado en que se hallan.

Frente a dicho auto se formuló recurso de apelación, en el que se dictó sentencia por esta misma Sala y Sección confirmando el auto del Juzgado de 23 de abril de 2004.

Promovido el 20 de abril de 2004 ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo por don Héctor Alejandro Rial Picallo, que figura en la documentación argentina como marido de la señora Lucachesky, el correspondiente exequatur de la sentencia de 6 de diciembre de 1994, dictada por el Juzgado Civil y Comercial n° 6 del Departamento comercial de San Isidro, provincia de Buenos Aires, por la que se acordaba el divorcio entre el señor Rial Picallo y doña Paola Mariana Botín, el TS, en auto de 6 de julio de 2004, se declaró incompetente, debido a que el 15 de enero de 2004 entró en vigor el artículo único, apartado undécimo, de la Ley 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que confiere, por regla general, a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras aparte de que en el mismo sentido el artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 fue modificado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

A la vista del anterior auto, por escrito de 29 de septiembre de 2005 la defensa de la señora Lucachesky interesa la reanudación del curso de los autos, por entender que, al no estar pendiente ningún proceso en que la cuestión prejudicial sea objeto principal, no cabe aplicar el artículo 43 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil de 2000, de modo que considera que aquella cuestión es de obligada resolución de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativo, en aplicación del artículo 4 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con el 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, añadiendo que la recurrente en este proceso no está legitimada para instar nuevo procedimiento de exequatur ya que sería su esposo el único legitimado.

TERCERO.- El ámbito del recurso de apelación viene delimitado por la resolución recurrida de modo que cuando, como en el caso presente sucede, se impugna un auto que acuerda la suspensión del curso del procedimiento por apreciación de una cuestión prejudicial, no cabe decidir en apelación el fondo del asunto sino únicamente revisar aquella decisión y resolver si es conforme a Derecho aquella suspensión, pues en otro caso se invadiría la competencia de quien ha de dictar la sentencia en primera instancia y se reducirían las garantías de las partes en cuanto se les privaría de una instancia jurisdiccional. Por tanto, están fuera de lugar las alegaciones sobre el fondo del asunto que se esgrimen en el escrito formalizador del recurso de apelación así como la petición en el suplico de que se declare nula la resolución de la Subdelegación del Gobierno y se reconozca el derecho de la recurrente a que se le expida la tarjeta de régimen comunitario según lo previsto en el Real Decreto 178/2003.

Constreñidos, pues, a la decisión sobre si procede la suspensión del actual procedimiento contencioso-administrativo, no cabe aplicar el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refiere a la prejudicialidad civil, es decir, a la que se suscita en un pleito civil que constituye el objeto principal de otro proceso civil pendiente, además de que actualmente tampoco existe otro pleito civil en marcha sobre la cuestión relativa al exequatur de la sentencia de 6 de diciembre de 1994, dictada por el Juzgado Civil y Comercial nº 6 del Departamento comercial de San Isidro, provincia de Buenos Aires, por la que se acordaba el divorcio entre el señor Rial Picallo y doña Paola Mariana Botín, por lo que, incluso aunque se entendiera que aquel precepto era aplicable al caso de autos, no cabría mantener indefinidamente suspendido el proceso contencioso-administrativo hasta que se promoviese aquel procedimiento de exequatur, que no podría ser instado por doña Judith Andrea Lucachesky, por no ser cónyuge del matrimonio cuyo divorcio se acordó, por lo que igualmente resulta improcedente la advertencia, contenida en la parte dispositiva del auto impugnado, de que debía instarse el oportuno exequatur de la sentencia extranjera de divorcio.

Dado el carácter revisor de esta jurisdicción contencioso-administrativo, el Juzgado ha de resolver el recurso en función de cómo se hallaban las cosas cuando la Administración decidió, debiendo analizar si es conforme a Derecho la resolución de la Subdelegación del Gobierno de denegar a la actora la tarjeta de familiar de residente comunitario pese a que no ha presentado el libro de familia español que le fue requerido para acreditar el vínculo de parentesco con el ciudadano español don Héctor Alejandro Rial Picallo, o si puede ser suficiente para demostrar el

matrimonio con dicho ciudadano español la presentación del acta de matrimonio argentina con la correspondiente apostilla de La Haya. Realmente no existe problema de cuestión prejudicial porque si se entiende que era necesario aquel libro de familia español, que no se expide mientras no se inscriba en España el matrimonio de la actora celebrado en Argentina, para lo que previamente debe inscribirse en el Registro Civil español el primer matrimonio y el divorcio del señor Rial Picallo, para lo que ha de obtenerse el oportuno exequatur de la sentencia de divorcio, lógicamente se desestimaría el recurso contencioso-administrativo por no haberse cumplido los presupuestos exigidos de acreditación del vínculo de parentesco a que se refiere el artículo 10.3.a de Real Decreto 766/1992, de 26 de junio (vigente cuando se formuló la solicitud de tarjeta), coincidente con el 11.3.a del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, mientras que si se considera que basta con aquel acta de matrimonio argentina con la correspondiente apostilla de La Haya, se estimaría el recurso por estimar acreditado aquel requisito. Pero ni cabe esperar a que un tercero promueva el exequatur ni, dado su carácter especialísimo, puede el Juzgado de lo contencioso-administrativo decidir el exequatur.

Consecuencia de cuanto se acaba de argumentar es que ha de acogerse el recurso de apelación, revocarse el auto de 21 de noviembre de 2005 y proseguir el curso de los autos, pero sin que sea procedente pronunciamiento alguno sobre el fondo en esta sentencia.

CUARTO.- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa, al acogerse la apelación no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta segunda instancia.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS que con estimación del recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de A Coruña de 21 de noviembre de 2005, **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS** el mismo, y en su lugar, se ordena proseguir el curso de los presentes autos con arreglo a Derecho, sin hacer pronunciamiento especial sobre las costas de esta alzada.

Notifíquese a las partes y, en su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por el Ilmo./a. Sr./a. Magistrado/a Ponente D./D^a. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA al estar celebrando audiencia pública la Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe. A CORUÑA, once de Mayo de dos mil seis.