

## II.2.- Reconocimiento y ejecución en materia de familia

### **II.2.A.- 2008/03.- Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Primera, Auto nº 90/2008, de 28 de abril de 2008. (JUR 2008\244171).**

Divorcio otorgado por comparecencia efectuada ante la Notario cubano.- Oposición al exequátur del Ministerio Fiscal.- Denegación del reconocimiento por el Juzgado de Primera Instancia.- Doctrina del Tribunal Supremo.- Revocación de la sentencia de instancia.

[...] De lo actuado aparece que por Julián, se pretende mediante acción de exequátur la homologación de la disolución del vínculo matrimonial por divorcio otorgado por comparecencia efectuada ante la Notario Ana Maria Lesmo Lee de la Provincia de Santi Spiritus, con sede en Cabaiguán (Cuba), el 7 de junio de 2004, respecto del matrimonio celebrado el 23 de mayo de 2002 en esa ciudad. A la petición formulada se opone el Ministerio Fiscal, por entender que el reconocimiento solo se puede efectuar respecto de sentencias judiciales dictadas por Tribunales extranjeros. Y, en el procedimiento se dicta Auto, que declara “No haber lugar a la petición de reconocimiento de resolución extranjera interesada”, con fundamento en que “los términos del art. 951º LEC son claros y precisos en el sentido de permitir exclusivamente el reconocimiento de “sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros”. Por la parte apelante se interesa, sustancialmente, la revocación y se de lugar al reconocimiento u homologación del divorcio conforme a lo solicitado.

Es reiterada posición del TS, respecto de la cuestión planteada relativa a divorcio de mutuo acuerdo ante Notario de Cuba, que se cumplen los requisitos del art. 954 LEC/1881, atendiendo a que, la circunstancia 1ª ha de entenderse cumplida habida cuenta de la naturaleza personal de la acción de divorcio; que el requisito 2º del mismo art. 954 LECiv, se cumple si se tiene por probado que el divorcio fue promovido conjuntamente por ambos cónyuges; y por lo que interesa al requisito 3º del precitado art. 954 LEC, refiere el ATS, Sala 1ª, de 20 de enero de 1998, que: “... el art. 85 Cc establece, la posibilidad del divorcio cualesquiera que sean la forma y tiempo de celebración del matrimonio. Se hace necesario precisar, llegado este punto, la posible vulneración que del orden público puede suponer la existencia de un divorcio acordado por ambos cónyuges y autorizado ante notario. Esta Sala mediante Autos de 1 de octubre y 19 de noviembre de 1996, despejaba de cualquier duda que dicho tipo de divorcio pudiera plantear, por cuanto del tenor del derecho cubano parece desprenderse que la intervención del Notario no se limita a funciones fedatarias, autorizando un mutuo disenso sobre el vínculo matrimonial, sino que se le atribuyen competencias en orden a la comprobación de determinadas condiciones a las que quedan sujetos la ruptura del vínculo y los efectos derivados de él en orden a los hijos menores comunes, ello dentro de un determinado procedimiento al que de modo preceptivo deberán acomodarse las solicitudes de divorcio de mutuo acuerdo. De esta suerte, no cabe

desconocer en la intervención notarial la existencia de un cierto ejercicio de funciones de homologación de la voluntad de las partes traídas del ordenamiento de origen, que atribuye a los fedatarios competencias en tal materia, al parecer, de manera exclusiva, de modo que no puede decirse que el divorcio así obtenido repugne al orden público interno, concepto éste que se ha ido desarrollando hasta cobrar un contenido netamente constitucional, comprensivo de los principios jurídicos y derechos constitucionalmente consagrados (SSTC 54/1989 y 132/1991, entre otras), lo cual posibilita el reconocimiento de la escritura notarial que lo declara, en línea con la postura mantenida por la Sala ante casos en los que, como el presente, no interviene un órgano jurisdiccional en su concesión sino una autoridad o funcionario de distinto orden con competencia para ello de acuerdo con el ordenamiento de origen (vid. AATS 2 de julio de 1996, 16 de julio de 1996, 19 de noviembre de 1996, 4 de febrero de 1997 y 24 junio 1997”. Esta posición jurisprudencial se mantiene y se reitera la argumentación en Autos posteriores, así los de 5 de octubre de 1999 y de 21 de noviembre de 2000, respecto de los Notarios cubanos. Consiguientemente, el exequátur no se limita a las sentencias judiciales, y se hace extensivo a otros documentos. A mayor abundamiento, en reciente ATS de 17 de octubre de 2006, se resuelve, sin oposición del Ministerio Fiscal, el otorgar el exequátur a resolución dictada por el Notario de la Oficina del Registro Civil de El Cairo, Egipto, por la que se acordaba el divorcio de matrimonio contraído en El Cairo, Egipto, e inscrito en el Registro Civil español.

Esta posición que resulta de la doctrina del TS expuesta, ha sido acogida en el Auto de esta Sección 1ª de fecha 10 de marzo de 2008 en el que se acuerda – en supuesto idéntico–, dejar sin efecto la resolución apelada debiendo de continuar el procedimiento en la primera instancia “y resolver el Juzgado en definitiva sobre la pretensión deducida”. Posición que igualmente ahora se asume, por lo que con revocación de la resolución apelada se deja la misma sin efecto, y se acuerda que se continúe por el Juzgado de Primera instancia el trámite de homologación al ser susceptible de examen en tal sentido el documento notarial aportado, por apreciarse que la pretensión ejercitada tiene su encaje dentro del procedimiento que se comprende dentro de los arts. 951ss LEC/1881, cuya particular vigencia mantiene para estos casos la Disp. derog. Única, ap. 1º, excepción tercera, de la LEC/2000; por lo que, establecida la competencia objetiva del Juzgado de primera instancia para conocer de la pretensión ejercitada y la adecuación del procedimiento, al mismo ahora corresponde hacer la valoración y aplicación de los preceptos legales correspondientes para decidir con carácter definitivo sobre la homologación pretendida, atendido el caso concreto que se plantea. Todo ello supone la estimación parcial del recurso de apelación, al dar lugar a la revocación del auto, pero no a que directamente por este tribunal de apelación se resuelva sobre la procedencia de la homologación, por cuanto el examen de lo relativo al cumplimiento de los demás requisitos para la homologación, corresponde al juzgado de primera instancia, una vez superado el obstáculo procesal que ha servido de fundamento para el rechazo del conocimiento inicial.

- **Cuestiones a resolver:**

1. **¿Puede solicitarse el *exequátur* de un divorcio otorgado por una autoridad pública no judicial?**
  2. **¿Qué significa “equivalencia funcional” entre el divorcio judicial español y el divorcio notarial cubano?**
  3. **¿Cómo deben interpretarse las condiciones del artículo 954 de la LEC1881?**
  4. **Caso de denegarse el *exequátur* ¿qué opciones tendría la actora en España?**
-