

**RECONOCIMIENTO Y EJECUCION
DE DECISIONES EXTRANJERAS DE DIVORCIO**

por JOSE LUIS IGLESIAS BUHIGUES

SUMARIO

INTRODUCCION

- I. «RECONOCIMIENTO» DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS DE DIVORCIO.
- II. EJECUCION DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS DE DIVORCIO.
- III. LA APORTACION DE LAS SENTENCIAS DE DIVORCIO EXTRANJERAS A LA DETERMINACION DE LAS CONDICIONES DEL EXEQUATUR.
 - a) La relación existente entre los sistemas del exequatur.
 - b) La «firmeza» de la sentencia extranjera.
 - c) La rebeldía del demandado.
 - d) La citación y audiencia de la parte demandada en el exequatur.
- IV. GRAFICO DE LOS AUTOS UTILIZADOS.

INTRODUCCION

Nuestro ordenamiento procesal vigente, únicamente contempla la *ejecución* de las «sentencias dictadas por Tribunales extranjeros», a la que dedica los arts. 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de manera que la distinción, fundamentalmente doctrinal, con el *reconocimiento* de aquéllas, carece de virtualidad en nuestro sistema. Sin embargo, ambos conceptos son perfectamente distinguibles desde el punto de vista de los efectos que persiguen. Así, el *reconocimiento* tiene como finalidad la admisión en el foro de la fuerza probatoria de la resolución judicial extranjera o su efecto de cosa juzgada material mientras que la *ejecución* concede a la decisión extranjera su efecto ejecutivo en el foro (1); en definitiva, la ejecución es un concepto más amplio que el reconocimiento, al que engloba, y que otorga a la resolución foránea eficacia plena en el territorio en donde debe ser ejecutada. Tal como afirma el Auto de 4 de julio de 1967,

«aunque generalmente ese reconocimiento tiene por finalidad esencial que la sentencia extranjera actúe como título de ejecución —y de ahí toma el nombre el proceso especial en que se actúa: *exequatur* o que se ejecute— sin embargo, puede perseguir finalidades distintas de las puramente ejecutivas, de donde parecería mejor llamar a este proceso «de reconocimiento» o de «homologación de títulos extranjeros» y no ejecución de sentencias extranjeras, que es como lo denomina nuestra ley» (2).

Esa distinta finalidad es más operativa en las sentencias que, como las de divorcio, afectan al estado civil de las personas, por cuanto, en ellas, puede perseguirse su efecto directo o principal —la posibilidad de nuevo matrimo-

(1) M. de Angulo Rodríguez: *Lecciones de Derecho Procesal Internacional*. Granada 1974, p. 80; F. Sánchez Apellaniz: *Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras*. Información Jurídica, 1950, p. 658; A. Remiro Brotons: *Ejecución de Sentencias Extranjeras en España*. *La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid, 1974, p. 161 y ss.

(2) Citado en A. Remiro Brotons: *Op. cit.*, en nota anterior, p. 165.

nio— y o una multitud de efectos derivados atinentes fundamentalmente al régimen de bienes, a la filiación o a la nacionalidad por ejemplo. Introducida la disolución del matrimonio, una de las cuestiones más interesantes a abordar en este trabajo será la de indagar si ante un divorcio pronunciado por juez extranjero, resulta suficiente operar con su efecto probatorio para conseguir el efecto principal de la declaración de divorcio o, por el contrario, debe recurrirse, necesariamente, al proceso que lleve al exequatur de la sentencia extranjera.

En otro orden de cosas, conviene señalar que la LEC habla en sus arts. 951 y siguientes, de «sentencias» o «ejecutorias» y que el art. 89 del Código Civil dispone que «la disolución del matrimonio por divorcio *sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare* y producirá efectos a partir de su firmeza» por lo que, a falta de Convenio Internacional que eventualmente dispusiera otra cosa, habría que recurrir, de ser necesario, al art. 369 de la LEC para delimitar conceptos.

I. «RECONOCIMIENTO» DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS DE DIVORCIO.

A pesar de la no distinción de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) entre el *reconocimiento* y la *ejecución* de sentencias extranjeras, lo cierto es que las de divorcio, que son las que nos interesan, han sido «reconocidas» en nuestro ordenamiento, ya se trate de su efecto principal —la posibilidad de pasar a nuevas nupcias— ya de otros secundarios, relacionados con la recuperación de la nacionalidad, pago de alimentos, régimen matrimonial de bienes, etc. Pero este «reconocimiento» de las sentencias extranjeras de divorcio en nuestro país, particularmente en lo que atañe a su efecto principal, no ha sido posible más que a través de una lenta evolución propiciada por determinados acontecimientos y por el cambio de talante, de perspectiva o de personas en la interpretación de las normas.

En efecto, en la etapa inicial, los principios de confesionalidad del Estado y subsiguientemente de indisolubilidad del matrimonio, este último proclamado lapidariamente por el art. 52 del C. civil —«El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges»— tenía como consecuencia, habida cuenta del declarado carácter imperativo de la regla, la imposibilidad del divorcio de los extranjeros en España y la ineficacia ante nuestro ordenamiento del obtenido por los españoles en el extranjero, sin que siquiera fuera posible la celebración del matrimonio por extranjero divorciado en su propio país. El extremo rigor de la jurisprudencia en la interpretación del citado art. 52 del C. civil, que conllevaba la aplicación incondicionada del impedimento de ligamen consignado en el art. 83, n.º 5 del mismo Código, era igualmente compartido

por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) (3) si bien, como veremos, es este Centro Directivo el que, con una mejor técnica jurídica, va a dar el paso hacia una interpretación y aplicación de los preceptos, más flexible y progresista.

Ese primer paso va a consistir en la delimitación del alcance o campo de aplicación de las disposiciones pertinentes, comenzando por distinguir, de un lado, el divorcio de matrimonio canónico del recaído en matrimonio civil, o, más exactamente, no canónico y, por otro, entre cónyuges españoles y extranjeros. Y así, entre otros precedentes como lo fueron en aquellos momentos las audacias de la DGRN en sus Resoluciones de 23 de abril de 1970 —que permitió la inscripción de filiación natural de una niña nacida de padre español, soltero y madre originariamente española, alemana por matrimonio celebrado canónicamente en España pero disuelto por sentencia de divorcio pronunciada en aquél país— y 18 de septiembre de 1971 —que autoriza la celebración de matrimonio civil entre un español, natural de la entonces «provincia» del Sahara, varias veces divorciado de acuerdo con su ley personal, y una española, soltera y acatólica— (4) el alto Centro Directivo dejaría establecido que el divorcio pronunciado en el extranjero no podría surtir su efecto principal en España cuando recayese sobre españoles o sobre un matrimonio canónico pero sí en los demás supuestos, esto es, que el impedimento de ligamen desaparece a consecuencia del divorcio y ya no sería obstáculo al matrimonio de españoles solteros con extranjeros divorciados de matrimonio no canónico anterior. Esta es la doctrina sancionada por las Resoluciones de la DGRN de 5 de abril, 23 de mayo y 24 de agosto de 1976, luego definitivamente asentada por el T. S., que en su sentencia de 22 de noviembre de 1977 afirmaría que

«cuando se trate de uniones civiles contraídas en el extranjero cuya ley personal admita el divorcio vincular y éste haya sido decretado judicialmente en aquél país, el reconocimiento de la eficacia disolutoria del vínculo matrimonial no contraviene el orden público en España».

(3) Sirvan como ejemplo del indicado rigor jurisprudencial, entre otras, las sentencias del T. S. de 23 de febrero y 12 de mayo de 1944, 10 de octubre de 1960, 5 de abril de 1966 y 12 de marzo y 29 de mayo de 1970. En cuanto a la doctrina de la DGRN, pueden servir igualmente de ejemplo las Resoluciones de 15 de febrero de 1941, 26 de marzo de 1951, 7 de julio y 3 de octubre de 1952, 17 de agosto y 10 de noviembre de 1961 y 23 de abril de 1970.

(4) En esta Resolución, la DGRN afirma, por primera vez, que la regla de la indisolubilidad del matrimonio no es de aquellas que en nuestro ordenamiento no admita inflexiones y de ahí que no se vean razones para excepcionar el régimen *normalmente aplicable* e impedir el nuevo matrimonio, con española acatólica, a quien, conforme al propio estatuto religioso y jurídico, reconocido por el ordenamiento español, ha dejado de estar casado.

Así las cosas, el último tramo en el camino hacia el reconocimiento de los plenos efectos de la sentencia extranjera de divorcio, comenzará a recorrerse con la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Ahora bien, es en esta etapa final en la que se ha producido una mayor problemática en la admisión de los efectos de las ejecutorias extranjeras de divorcio, que ha afectado incluso al propio concepto de «reconocimiento» de éstas. Para una mejor comprensión de la situación planteada, conviene distinguir el período comprendido desde la entrada en vigor de la Constitución y la de la Ley 30/1981, de 7 de julio —que introduce el divorcio en nuestro ordenamiento— y el período posterior y actual.

1. Con la entrada en vigor de la Constitución desaparece, como es bien sabido, el anterior principio de confesionalidad del Estado (art. 16.3) proclamándose igualmente la no discriminación por razón de religión (art. 14) y la libertad religiosa (art. 16). Con ellos parecía lógico pensar que, como consecuencia natural de la filosofía político-social y jurídica asumida por la Constitución, la disolubilidad del matrimonio quedaba igualmente consignada a nivel de principio, más aún cuando su art. 32.2 habla de las *causas* de separación y *disolución* del matrimonio. No obstante, si lo primero va a ser inmediatamente operativo, el tema de la disolución por divorcio será discutido.

En efecto, la posibilidad de contraer nupcias por español con extranjero divorciado va a ser afirmada inmediata y categóricamente por la DGRN en su resolución de 6 de abril de 1979 con una cuidadosa argumentación, que comienza por reiterar su ya conocida doctrina sobre la excepción de orden público, en el sentido de que, por naturaleza, tal excepción es de «carácter variable, elástico y flexible» y de que, en el plano internacional, por suponer una quiebra de la comunidad jurídica universal «ha de ser interpretada y aplicada restrictivamente»; por otro lado, habida cuenta de que la indisolubilidad del matrimonio «ya no tiene rango constitucional y basta, a estos efectos, comparar el antiguo artículo 22 del Fuero de los Españoles con el artículo 32-2 de la nueva Constitución», resulta evidente que

«no es posible estimar hoy que sólo respecto del matrimonio canónico su indisolubilidad es de orden público, pues los principios constitucionales de no confesionalidad del Estado y de libertad religiosa (artículo 16 de la Constitución) impiden tales discriminaciones civiles por razones religiosas».

Y es en el último de los argumentos cuando la DGRN realiza una interpretación nueva de reglas anteriores que, de haberse operado en tiempos pasados, hubiese llevado a una aplicación más justa y más técnicamente correcta de nuestras reglas de conflicto en la materia:

«Considerando que, de otro lado, los artículos XXIII y XXIV del Concordato, todavía formalmente vigente, entre la Santa Sede y el Estado español, recogidos fundamentalmente en los artículos 75 y 80 a 82 del Código, únicamente contienen el compromiso internacional de España de reconocer los efectos civiles y la competencia exclusiva de la Iglesia en cuanto a los matrimonios canónicos en el ámbito en el que el Estado español, conforme a sus normas de colisión, se estima competente y no pueden alcanzar a los matrimonios extranjeros excluidos de la competencia de las autoridades de España y regidos por la ley o leyes nacionales de los contrayentes (artículo 9-1 del Código civil)».

Por todo ello,

«la excepción de orden público no impide el matrimonio civil entre una española, viuda, y un francés, divorciado, independientemente del carácter canónico o civil del matrimonio anterior de éste, si está disuelto, según su ley personal, por sentencia firme de divorcio vincular».

Quedaba así claro que, en adelante, el estatus de divorciado del extranjero, dejaba de ser impedimento para la celebración del nuevo matrimonio con nacionales, pero todavía permanecía en la sombra los efectos en España del divorcio pronunciado en el extranjero de *cónyuges españoles*; dicho de otro modo, la clase o forma del matrimonio disuelto había dejado de ser determinante pero la nacionalidad española de cualquiera de los cónyuges era un dato cuya incidencia no estaba aclarada en cuanto a los efectos de un eventual divorcio obtenido en el extranjero. La interrogante, en el fondo, conllevaba la interpretación del art. 32.2 de la Constitución en cuanto a dilucidar si al establecer dicho precepto que la ley regulará las «causas... de disolución del matrimonio», se incluía, junto a la de muerte de uno de los cónyuges, la del divorcio vincular, pues, en buena lógica, no podía referirse a ninguna otra. La respuesta fue, sorprendentemente, negativa por parte de la DGRN pero afirmativa por la del T. S. El alto Centro Directivo, en su Resolución de 19 de octubre de 1979, niega la autorización para contraer matrimonio a dos españoles, ella soltera y él divorciado en Inglaterra de matrimonio con súbdita inglesa celebrado en aquella Nación, entendiendo que dicho matrimonio era válido en España y subsiste hasta la muerte de uno de los cónyuges o hasta que se dé alguna otra causa legal de nulidad o disolución, puesto que, por aplicación de la ley material española en virtud del art. 9.1 del C. civil,

«el pretendido contrayente sigue siendo casado y las nuevas nupcias aparecen impedidas por la existencia de un ligamen anterior (art. 83-5 del Código civil), sin que el divorcio dictado en el extranjero deba influir para nada en esta conclusión, ya que se trata de una forma de disolución no reconocida, hoy por hoy, en nuestro ordenamiento jurídico».

Con este planteamiento, evidentemente que ya no podía hacerse jugar la excepción de orden público, como la misma DGRN advierte en su Resolución, sino la regla de conflicto pertinente, en cuya virtud, «la ley española se aplica directamente y la inglesa es incompetente para regular la relación jurídica en disputa».

Por su lado, el T. S., sólo cinco días después de la anterior Resolución, decidía, por primera vez en cuarenta años, conceder el exequatur a una sentencia de divorcio francesa que disolvía el matrimonio civil celebrado en Francia entre francés y española: es el histórico Auto de 24 de octubre de 1979. He aquí el considerado fundamental:

«Considerando que no es necesario insistir en el profundo cambio social, político y jurídico que, por influjo y mandato de la voluntad colectiva del pueblo español, aparece reflejado en la norma básica y primera del Ordenamiento jurídico patrio, es decir, en los artículos 16 —atinente a la libertad religiosa y a la aconfesionalidad del Estado— y 32, *que permite la disolución del vínculo matrimonial y que priva de rango constitucional al principio de indisolubilidad del matrimonio*, y por ello, por integrar la Constitución la cúspide del orden jurídico, en el cual se subsume el orden público, es evidente la necesidad de afirmar que no choca con él la resolución judicial extranjera que decreta la disolución del vínculo conyugal, y, consecuentemente, que su ejecución es lícita en España...».

De forma más explícita, el Auto del T. S. de 19 de enero de 1981, otorgaba igualmente el exequatur a una sentencia alemana de divorcio, habida cuenta de que

«resulta incontestable que las afirmaciones de la *suprema lex* respecto a la libertad nupcial y sobre todo anunciando la disciplina de las «causas de disolución», no permiten al presente atribuir a la indisolubilidad matrimonial el significado de un elemento de orden público en nuestro ordenamiento positivo, porque aún cuando el párrafo segundo del artículo treinta y dos no emplea el vocablo «divorcio», es obvio que el texto de la Ley Fundamental autoriza su implantación por el cauce de una ley ordinaria» (5).

A partir de estos momentos, y a los efectos que nos interesa, no había duda de que el art. 32 de la Constitución incluía el principio de la disolución

(5) Conviene señalar que lo importante de los Autos citados es el planteamiento seguido para dar respuesta a lo solicitado: no se trata de controlar la ley material aplicada por el tribunal de origen —que en principio, sólo puede ser la designada por su propia regla de conflicto— sino la de saber si el reconocimiento de los efectos de la sentencia extranjera de divorcio contraviene o no principios fundamentales de nuestro ordenamiento.

del matrimonio por divorcio y, consiguientemente, los españoles podían hacer valer en España el divorcio pronunciado por tribunal extranjero. Pero en la fecha de los Autos reseñados no existía el actual art. 107 del C. civil.

2. Con estos antecedentes, se promulga en España la Ley 30/1981, de 7 de julio que introduce la disolución del matrimonio por divorcio. Es el nuevo art. 85 del C. civil. Declarado el principio, el art. 107 del Código señala, en su primer apartado, de acuerdo con qué ley decretarán los jueces españoles el divorcio:

«...la Ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la Ley de la residencia habitual del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la Ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes».

y en su apartado segundo que:

«Las sentencias de separación y divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Es esta última disposición la que, al parecer, constituye la causa y el origen de una cierta problemática en torno a la postura actual de la DGRN ante el reconocimiento de las sentencias extranjeras de divorcio, postura que, a su vez, podría haber originado la acumulación de solicitudes de exequatur ante la Sala Primera del T. S.

En efecto, la actitud del Centro Directivo ha sido la de distinguir, en las sentencias extranjeras de divorcio, aquellas que afectan exclusivamente a cónyuges extranjeros de las que conciernen a españoles; en las primeras, se reconocen sus plenos efectos por sí solas puesto que, en definitiva, se trata simplemente de un problema de capacidad, de estado civil, del extranjero, regulado por su ley nacional. Por ello, en la Resolución de 28 de enero de 1981, se sienta que

«el estado civil de un extranjero se rige por su ley personal (art. 9-1 del C. civil) sin que haya ya motivos después de la Constitución, por las razones que expuso la Resolución de este Centro de 6 de abril de 1979, para estimar que la excepción de orden público internacional (cf. art. 12-3 C. civil) impide reconocer eficacia en España a una sentencia extranjera de divorcio vincular aunque haya recaído sobre un matrimonio canónico; consiguientemente la interesada, si está divorciada vincularmente según su ley nacional, tenía capacidad para contraer nuevo matrimonio, y esta conclusión ha de seguir siendo válida por más que haya recuperado la

nacionalidad española, pues es evidente que esta recuperación no puede implicar cambio en el estado civil del sujeto...» (6).

En cambio, cuando la sentencia extranjera de divorcio afecta al matrimonio de un español, no puede tener fuerza en España más que por vía del *exequatur*, como cualquier otra sentencia extranjera. Y por ello, en las Resoluciones de 2 de noviembre y 23 de diciembre de 1981, en términos similares y ante supuestos en lo esencial idénticos, la DGRN mantiene que, conforme al párrafo 2.º del art. 107 del C. civil, la sentencia extranjera de divorcio de un español requiere, para producir efectos en nuestro ordenamiento, que sea reconocida con arreglo a lo dispuesto en la LEC. En consecuencia, no puede autorizarse la celebración de nuevo matrimonio en España en tanto no sean reconocidos en forma legal los efectos de la sentencia extranjera de divorcio. La Resolución de 2 de noviembre apostilla que

«por lo tanto, y salvo caso de convenio o de aplicación del principio de reciprocidad, resulta precisa la obtención del «*exequatur*» que ha de pedirse ante el Tribunal Supremo...» (7).

Por su parte, la segunda de las Resoluciones citadas, de 23 de diciembre de 1981, queriendo ser más explícita, afirma en su último considerando

«Que en el expediente para la celebración de un matrimonio en forma civil es necesario presentar (cf. art. 244 R. R. Civil) la prueba de la disolución del vínculo anterior y, tratándose de una sentencia extranjera de divorcio que afecte a un español, esta prueba ha de consistir precisamente hoy, no ya por motivos superados de orden público, sino porque así lo exige el art. 107, párrafo segundo del Código civil, en el «*exequatur*» obtenido conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que hasta entonces esa sentencia, en cuanto se refiere a un español, no produce efectos en nuestro ordenamiento».

(6) Ciertamente esta Resolución es de fecha anterior a la Ley 30/1981 de 7 de julio, pero sirve como ejemplo de la postura de la DGRN que se trata de exponer. El supuesto planteado, en vía de recurso, era el de la posibilidad de autorizar un matrimonio civil en España entre español, soltero, y española de origen que había perdido su nacionalidad tras adquirir, por matrimonio, la holandesa de su marido pero que, divorciada por un tribunal holandés, había recuperado en forma legal la nacionalidad española.

(7) Sería simplista argumentar, partiendo de este texto, que en los casos de Convenio o de reciprocidad positiva del art. 952 LEC, los efectos en España de la sentencia extranjera de divorcio son automáticos, puesto que, como resulta evidente, la Resolución citada comete el error de creer que el *exequatur* es un procedimiento que sólo se daría en el supuesto del art. 954 de la LEC, y no, precisamente, el acto final del procedimiento, esto es, la declaración judicial dando fuerza a la decisión extranjera, cualquiera que haya sido el sistema o vía empleado para solicitarla.

Esta postura adoptada por la DGRN ha sido objeto de crítica por parte de los autores que recientemente se han ocupado del tema (8). Y la línea argumental seguida parte de la afirmación de que el art. 107,2 del C. Civil se refiere no a todos los efectos de la sentencia extranjera sino sólo a los que proporciona el exequatur; y así, cuando se trata de lograr tan sólo el efecto probatorio —y no el de *res iudicata* y el efecto ejecutivo— no sería obligatorio pasar por el trámite del procedimiento para el exequatur; en consecuencia, cuando para contraer matrimonio civil, el art. 244 del Reg. R. C. impone a los contrayentes que aporten, entre otros y en su caso, «la prueba de la disolución de anteriores vínculos», tal prueba vendría constituida por la sentencia extranjera que ha disuelto el matrimonio anterior; por otra parte, como en definitiva lo que se pretende inscribir es un nuevo matrimonio —acto derivado del divorcio— el art. 84 del Reg. R. C. resolvería el problema al disponer que no es necesario que tengan fuerza directa en España, salvo cuando lo impida el orden público, las sentencias o resoluciones extranjeras que determinen o completen la capacidad para el acto inscribible, es decir, precisamente el matrimonio que se pretende contraer por el divorciado.

La argumentación anterior es ciertamente atractiva; sin embargo, me parece pertinente las siguientes reflexiones:

1. El art. 107,2 del Código, o posee algún contenido o es superfluo. Si se interpreta en el sentido de que contempla exclusivamente los efectos derivados del exequatur, los cuales obviamente no podrían producirse más que a partir de la fecha de su pronunciamiento (8 bis), la disposición comentada no sería más que un mero recordatorio del legislador de los preceptos de la LEC en la materia, es decir, una indicación, innecesaria, de que las sentencias de divorcio no constituyen especialidad alguna en el ámbito de la ejecución de sentencias extranjeras. Dicho de otro modo, el aludido precepto estaría vacío de contenido y sería, por lo tanto, superfluo. En tal caso, nos encontraríamos con el mismo problema de saber si la sentencia extranjera de divorcio sería título probatorio válido y suficiente en nuestro ordenamiento para que un español pudiera celebrar nuevo matrimonio. A este respecto, el precedente que podría aportarse sería la ya citada Resolución de la DGRN de 19 de octubre de 1979 que, en una interpretación *a contrario sensu*, daría pie para llegar a una respuesta afirmativa a la interrogante, pues, si en aquél supuesto la DGRN denegó la autorización para contraer matrimonio entre una española,

(8) J. D. González Campos y P. Abarca Junco: *Artículo 107*, en «Matrimonio y Divorcio». Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil. (Coordinados por J. L. Laruz Berdejo) Madrid, 1982, p. 929-930. J. D. González Campos y otros: *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial. Vol. I, Oviedo, 1984, p. 375-376.

(8 bis) Con los matices que aporta la Res. de la DGRN de 31 marzo 1982.

soltera, y un español divorciado en Inglaterra, porque se trataba «de una forma de disolución no reconocida, hoy por hoy, en nuestro ordenamiento jurídico», una vez reconocida en España la disolución del matrimonio por divorcio, las nuevas nupcias deberían ser autorizadas.

2. Ahora bien, la actitud de la DGRN ha sido, al parecer, la de dar contenido, precisamente, al párrafo 2.º del art. 107 del Código, entendiendo que, en lo que concierne al efecto principal y sustantivo del divorcio —la posibilidad de nuevo matrimonio del divorciado— sólo cabe lograrlo, cuando haya sido decretado en el extranjero, por la vía del exequatur.

Por otra parte, mientras no se logre el efecto ejecutivo de la sentencia de divorcio, no procede su inscripción en el Registro Civil, preceptiva de acuerdo con la Disposición adicional novena de la Ley 30/1981, de 7 de julio y el art. 76 de la Ley del R. C., inscripción sin la cual el divorcio no produce efecto alguno frente a terceros según el art. 89 del C. Civil, y que, tratándose de sentencia extranjera, necesariamente requiere el exequatur como previene el art. 83 del Reg. R. C.; así que difícilmente podría autorizarse el nuevo matrimonio del divorciado.

Todo ello lleva a considerar, como más acertado, el que en la reforma de la Ley del Registro Civil y de su Reglamento, tan necesaria como urgente desde las leyes modificadoras del Código en materia de filiación y matrimonio, nulidad, separación y divorcio, se aborde y resuelva el problema, particularmente en lo que concierne al efecto de la sentencia extranjera de divorcio en orden a la celebración de un posterior matrimonio de españoles (9).

II. EJECUCION DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS DE DIVORCIO.

La homologación de sentencias de divorcio constituye hoy, sin duda alguna, el contingente en mucho más numerosos de cuantas solicitudes de exequatur se plantean ante la Sala Primera del T. S., hasta el punto de que se habla de acumulación de peticiones, y, por ello, de considerables retrasos en la resolución judicial de las mismas. Una primera consideración del fenómeno lo explicaría recordando los miles de emigrantes compatriotas, que en el extranjero, han fundado hogares entre sí o con nacionales de los países de acogida u otros extranjeros y que no habiéndoles sido propicia la aventura matrimonial, han deseado, vueltos a España, regularizar su situación a variados fines.

(9) En este sentido se pronuncian, en definitiva, los autores citados en la nota 8. Vid. *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial. Vol. I, Oviedo, 1984, p. 427.

En la aludida acumulación de solicitudes de exequatur tendría quizá también algo que ver la antes expuesta actitud de la DGRN al negarse a «reconocer» los efectos en España de los divorcios extranjeros, atrincherada en el párrafo segundo del artículo 107 del C. civil. Si lo dicho es cierto, vaya por delante el obligado agradecimiento del internacional privatista, primero, a los emigrantes españoles por su notable contribución al tráfico jurídico externo y, después, al alto Centro Directivo por haber propiciado, con su actitud doctrinal, el ya buen número de excelentes trabajos publicados y de otros que se anuncian (10) de entre los cuales, el presente no es más que una modesta reflexión en la materia.

Ahora bien, esa reflexión, tras la lectura de los exhaustivos trabajos aludidos y de la siempre apasionante doctrina de T. S., en este caso reflejada en los Autos de que he dispuesto, comienza por hacerme intuir que, de partida, hay algo de ilógico y de poco o nada coherente en la global consideración del tema, pues no hallo respuesta que me satisfaga a las siguientes interrogantes: ¿qué interés puede existir en plantear una solicitud de exequatur de una sentencia de divorcio, de resultados, como se verá, hoy, inciertos y aleatorios, que obliga al letrado del asunto, seguramente pasmado, a caminar por los intrincados senderos del control de la competencia judicial internacional del tribunal de origen o de la ley material aplicada, a jugar con las reglas sobre nacionalidad o de la residencia habitual y, a los directamente interesados sobre todo, a iniciar un trámite más económicamente gravoso y a un mayor acopio de paciencia en la espera del fallo judicial, cuando sencillamente, lo deseado puede conseguirse en España con menos gasto de tiempo, de dinero y de razonamiento jurídico? Y todavía veo menos explicación al matrimonio que residiendo en España, se costea un viaje al extranjero, la estancia necesaria para justificar la competencia judicial, el proceso ante dicho tribunal, y el abogado que lo dirige, el viaje de regreso y el nuevo proceso del exequatur, todo ello

(10) Alfonso L. Calvo Caravaca: *Exequatur de divorcio extranjero en España: nuevas directrices del Tribunal Supremo*. Revista La Ley. (3 de octubre de 1983) p. 1 y ss. Alfonso L. Calvo Caravaca con la colaboración de José M. Espinar Vicente: *El control de la competencia judicial internacional del Tribunal de origen de la sentencia*. Revista La Ley (18 de octubre de 1983) p. 1 y ss.; J. A. Tomás Ortiz de la Torre: *Sentencia francesa de divorcio entre Españoles: ¿Cabe otorgar el exequatur?* Revista La Ley (4 de febrero de 1983) p. 1 y ss. Del mismo autor, su colaboración en la obra dirigida por el Profesor M. Aguilar Navarro: *Lecciones de Derecho Civil Internacional Español*. 2.ª ed. revisada. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid, 1983. p. 212 y ss.; J. M.ª Espinar Vicente: *Artículo 107*. En «Comentarios a las reformas del Derecho de Familia», Madrid, 1984, Ed. Tecnos. p. 751 y ss. en especial 764 y ss.

Entre los trabajos que se anuncian, está el de J. A. Tomás Ortiz de la Torre: *El Tribunal Supremo ante las sentencias extranjeras de divorcio* de próxima publicación, en la fecha de redacción del presente trabajo. Igualmente cabe señalar la incidencia de los seminarios que sobre el tema organizaron los Departamentos de D. Internacional Privado de las Universidades Autónoma y Complutense de Madrid.

sin garantía alguna; con menos de la mitad del tiempo y del dinero, normalmente conseguirá su divorcio en España... a menos que sea cierta la tendencia masoquista que se atribuye al español. Permítaseme solicitar la reflexión sobre estos extremos a aquellos que simpatizan con la institución del fraude a la ley que, en nuestro ordenamiento, exige la intención probada —más que el hecho consumado en sí mismo— de orillar las leyes imperativas, prohibitivas, españolas. Y aunque quisiéramos proceder al juicio de intenciones que el fraude a la ley supone (11), ¿llegaríamos a la conclusión acertada de que se ha violado una ley imperativa española, una competencia exclusiva de nuestros tribunales? ¿No es sobradamente suficiente y no satisface la idea de lo justo el fiscalizar en el proceso del exequatur que los derechos de la defensa han sido respetados y que no se ha originado un perjuicio para la otra parte y para terceros?

El exequatur de las sentencias de divorcio foráneas no constituye, en nuestro ordenamiento, una especialidad diferenciada del procedimiento genérico de ejecución de las decisiones judiciales extranjeras. Sin embargo, por una simple razón numérica, sí han propiciado, por un lado, el que pueda hablarse de una actitud o postura, —que no una línea jurisprudencial decidida hoy por hoy— de nuestro T. S. ante ellas y, por otro, el que pueda determinarse con mayor precisión el alcance de las condiciones y la relación entre los sistemas del exequatur. Veamos cada uno de ambos aspectos.

1. Actitud del Tribunal Supremo frente a las sentencias extranjeras de divorcio

A. La postura de partida del T. S. se plasma en los seis primeros Autos dictados, de los que los dos iniciales lo son en el período comprendido entre la entrada en vigor de la Constitución y de la Ley 30/1981 de 7 de julio. En dicho período, la idea fundamental que preside la resolución de las solicitudes de exequatur, concedido en ambas como en las cuatro siguientes, es la consideración de que el orden público ha sido eliminado en esta materia por la Constitución por la expeditiva vía de acabar con la prohibición del divorcio autorizando su implantación (art. 32,2). Así se expresa el primero y por ello histórico Auto de 24 de octubre de 1979 —que otorga el exequatur por aplicación del Convenio Hispano-Francés de 28 de mayo de 1969— y se explicita en el segundo, de fecha 19 de enero de 1981, los cuales ya hemos visto anteriormente.

En los cuatro restantes, respectivamente de 5 de noviembre de 1981, 3 y 20 de mayo y 1 de junio de 1982, en vigor ya la Ley 30/1981, de 7 de julio,

(11) Uno de los últimos y más interesantes trabajos sobre el tema, A. Sopena Monsalve: *Las excepciones de «orden público» y de «fraude a la ley»: una aproximación crítica*. REDI, 1982 (n.º 2-3), p. 447 y ss., en especial, p. 456 y ss.

se reitera la postura precedente que constituye, como hemos dicho, la razón nuclear de los fallos. Pero hay algunos matices complementarios de interés retrospectivo,

a) La nacionalidad de ambas partes, su residencia habitual o el lugar de celebración del matrimonio disuelto, han sido aspectos sin incidencia para la conformación del fallo judicial. Ello podría tener una justificación relativa en los dos casos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, pero no en los cuatro siguientes.

b) Por el contrario, el acuerdo de las partes en la solicitud de exequatur y, sobre todo, el tratarse del reconocimiento de un divorcio obtenido por *mutuo acuerdo*, ha sido determinante para su homologación en España; esto es particularmente manifiesto —naturalmente una vez declarada la desaparición del orden público— en el Auto de 19 de enero de 1981 anterior a la citada Ley y en el Auto de 20 de mayo de 1982, con la dicha Ley ya en vigor.

c) Es el cumplimiento satisfactorio de las condiciones del Convenio Hispano-Francés en el primero y tercero de los casos y el de las del artículo 954 LEC en los otros cuatro, lo que ha valido para el exequatur de la sentencia. En ninguno de los seis Autos aludidos existe atisbo alguno de que haya pasado por la mente del Magistrado Ponente o de la Sala, la idea de controlar la competencia internacional del tribunal de origen de la sentencia o de la ley material por éste aplicada. Y reitero que tres de los Autos son casi en un año posteriores a la Ley 30/1981 de 7 de julio y su entrada en vigor y, en consecuencia, se contaba ya con el artículo 107 del Código Civil, de no querer utilizar el artículo 9,1 para apoyar el control de la ley aplicable como han hecho Autos posteriores, y de la Disposición adicional primera de la Ley para la fiscalización de la competencia del juez de origen.

Pero quizá todo se debiera al hecho de que aún no se había planteado una solicitud de exequatur en la que claramente los esposos divorciados fueran, ambos, españoles. El supuesto lo aborda el Auto de 14 de julio de 1982 y, con él, se inaugura la nueva postura de la Sala patrocinada por el ponente D. Jaime Santos Briz.

B. En efecto, son cinco los Autos conformadores de la nueva actitud. En ellos, se plantea la homologación del divorcio en la que ambas partes son españoles; en todos ellos el lugar de residencia habitual o del domicilio es un dato que, entre otros, se toma en consideración para justificar el resultado y, desde luego, en los cinco asuntos se va al control de la competencia del tribunal de origen y de la ley aplicable para justificar la denegación del exequatur; y ello por la creencia de la Sala de su competencia *exclusiva* para divorciar matrimonios españoles por la igualmente *exclusiva aplicación de la ley española*. Esta postura jurisprudencial será pronto abandonada y sustituida por otra, no de manera brusca e inmediata, sino a través de una evolución a la que se

van incorporando matices y, por ello flexibilizando, de manera que, en un primer momento, aún persistiendo en la idea del control de la competencia judicial del tribunal de origen y de la ley aplicable, se abandona la creencia en la exclusividad de dicha competencia por parte del juez del exequatur, para concluir, en un segundo estadio, en la eliminación de todo control del órgano de origen de la sentencia.

a) Si una corriente de opinión —en este caso la de nuestro T. S.— tuviera que ser científicamente valorada por aquello que constituye su guía y modelo, la iniciada por el Auto de 14 de julio de 1982 tendría que ser inmediatamente archivada. Y ello porque el modelo se sustenta, a mi modo de ver, en un doble error; error por decidir el caso partiendo de la aplicación directa de un derecho inaplicable —el art. 9,2 y 3 y 107 del Código civil en lugar del Convenio Hispano-Francés de 28 de mayo de 1969, error legalmente injustificable: *iura novit curia*, *a fortiori* tratándose del Tribunal Supremo— y error, curioso, porque el derecho aplicable que no se aplicó sí contempla y posibilita el control de la competencia del juez de origen y, en materia de divorcios, el de la ley aplicable (arts. 3 y 5 del Convenio) mientras que el derecho inaplicable pero que se aplicó nada dice sobre el particular.

En cualquier caso, puesto que al fin y al cabo es una postura adoptada por nuestro Supremo Tribunal y tampoco es bueno ser extremados, conviene, a fines de exposición y análisis, partir del planteamiento efectuado por el citado Auto, tanto más cuanto que los cuatro que le siguen —de fecha de 23 de setiembre, 5 de octubre, y 1 y 10 de diciembre de 1982— lo hacen con cita expresa del modelo o reproduciendo literalmente sus considerandos.

Se trataba, en efecto, de un matrimonio de españoles celebrado en España y disuelto en Francia en donde los esposos residían; ciertamente, dice la Sala, el actual orden público español no se opone a la disolución del matrimonio por divorcio, pero

«el presupuesto de hecho existente de ser ambos cónyuges españoles, aunque residentes en el extranjero, ello atribuye a su ley nacional común, es decir, a la ley española, en el momento de la presentación de la demanda, la materia relativa a separación y divorcio, según establece el art. 107,1 del C. civil, norma que resultaría patentemente infringida de accederse a la ejecución en España de sentencia de divorcio entre españoles pronunciada conforme a normas *procesales y sustantivas* extranjeras»,

lo que no es posible —prosigue la Sala— puesto que la Sala debe aplicar de oficio la regla de conflicto citada, según ordena el art. 12,6 del Código. Y saliendo al paso de la eventual objeción de irretroactividad de la reforma del Código operada por la Ley 30/1981 de 7 de julio, la Sala entiende que en cualquier caso, el resultado sería el mismo por aplicación del art. 9, apartados 1,

2 y 3, que obligaría a aplicar la ley material española tanto a la capacidad, estado civil y derechos y deberes de familia como a las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges «entre cuyo ámbito de relaciones jurídicas descritas se halla sin duda el derecho de pedir la separación matrimonial o el divorcio» (12). Por todo ello, concluye la Sala, el exequatur ha de denegarse

«no obstante lo dispuesto en el art. 107, apartado segundo del Código civil, dada la preferencia que conforme al párrafo primero del mismo artículo ha de atribuirse a la jurisdicción (sic) y leyes españolas para disciplinar el supuesto debatido; a cuya normativa no pueden renunciar los interesados por ser materia de orden público (artículo 6, párrafo segundo, del mismo Código civil)».

Desde luego que es imposible renunciar a dicha normativa pero no por ser materia de orden público sino por algo más rotundo, puesto que no se puede renunciar a algo inexistente: el 12 de junio de 1979, fecha de la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal de Grande Instance de París, ni el Tribunal pudo aplicar ni los esposos renunciar a una normativa que no existía. La Sala exige un imposible. En aquellos momentos, por el contrario, lo que los esposos tenían era el derecho constitucionalmente reconocido a la disolución de su matrimonio por divorcio.

Así pues, declaración, por un lado, de la jurisdicción *preferente* y por lo tanto *excluyente*, de los tribunales españoles y, por otro y en apoyo de lo anterior, del carácter de *orden público* de las disposiciones que regulan la materia. ¿A dónde conduce esta afirmación? Desde luego que no se está tratando, en el planteamiento del Auto, de la *excepción de orden público* puesto que no hay —siguiendo el mecanismo tradicional— ninguna ley extranjera reclamada por una norma de conflicto ni tampoco sentencia extranjera cuyos resultados fueran incompatibles con los postulados del ordenamiento del foro; así se declara en este Auto y en todos los demás, anteriores y posteriores. Tendrá que ser otro «tipo» de orden público: para los que crean en la distinción, podría tratarse del carácter de ley de policía o de orden público de las disposiciones aludidas, pero entonces obligarían a todos, nacionales y extranjeros, con lo que el art. 107 quedaría vacío de contenido; por otra parte, si la normativa que regula la jurisdicción, por emplear los términos del Auto, y las leyes sustantivas son de orden público, evidentemente que los tribunales españoles poseerán

(12) Permítaseme discrepar de este razonamiento de la Sala pues, de considerarse irretroactiva la Ley 30/1981, de 7 de julio, el resultado no sería el mismo sino todo lo contrario: ni sería aplicable el art. 107 ni ninguna de las disposiciones de la Ley, con lo que el «derecho de pedir... el divorcio» incluido en el art. 9,2 del Código sólo tendría como fundamento, no la Ley, inaplicable al caso por irretroactiva sino el art. 32,2 de la Constitución con lo que el exequatur hubiera tenido que concederse como así lo hicieron los Autos precedentes.

competencia obligatoria y será siempre directamente aplicable la ley material española, en todos los casos y sin necesidad del art. 107, cuya invocación sería, en tal caso, contradictoria. ¿Será entonces que ese carácter de ley de orden público lo posee exclusivamente en cuanto a su aplicación a los españoles? Significa ello que los esposos españoles no pueden divorciarse más que por sentencia de tribunal español y por aplicación obvia de la ley material española; pero entonces ¿qué sentido tiene la declaración de que la disolución de matrimonio por divorcio no contraviene el actual orden público en España, que sólo tiene sentido de cara a la aplicación de leyes extranjeras o al reconocimiento de los efectos de actos realizados o de sentencias dictadas en el extranjero?; además, en rigor jurídico, ello sería aplicable no sólo al matrimonio de esposos ambos españoles sino a cualquier español casado, pues, de lo contrario, estaríamos ante una discriminación en justicia inaceptable y jurídicamente inconstitucional, sin contar con el hecho de que habría que desvelar la extraña alquimia por la que una norma, imperativa para dos españoles casados entre sí, deja de serlo si uno y otro están casados con extranjeros (13).

Por estas razones, y por otras que inmediatamente veremos, no puede aplaudirse el control que el Auto realiza de la competencia del juez de origen y de la ley aplicable, todo ello por la expeditiva vía de afirmar la competencia *exclusiva* del foro, puesto que por un lado, no existe fundamento legal para esa declaración de exclusividad en la competencia judicial internacional que precisamente es lo que podría justificar el control de la competencia del juez extranjero (14) y, por otro, la vía utilizada no es de recibo: la del control de la ley aplicable porque con ello se confunde lo que ha sido inconfundible desde los albores de la ciencia del Derecho Internacional privado, esto es, la distinción entre el *forum* y el *ius*, el tribunal competente y el derecho material aplicable: el *exequatur* no se otorga «dada la preferencia que conforme al párrafo primero del mismo artículo (el 107 del Código civil) ha de atribuirse a la *jurisdicción* y leyes españolas para disciplinar el supuesto debatido»; el art. 107,1, es ocioso recordarlo, señala el derecho aplicable no el tribunal competente, que sólo queda determinado, de forma unilateral, en la Disposición adicional primera de la Ley 30/1981, de 7 de julio. No se trata, en el Auto comentado, de una mera confusión en la cita del precepto pertinente sino de un razonamiento que lleva a declarar la competencia del juez español porque el derecho material aplicable es también el español.

(13) Puesto que estamos en asuntos de estado civil, resulta cuanto menos ilógico que dos españoles puedan matrimoniar válidamente ante autoridad civil o religiosa extranjera por aplicación de la ley local, y esos mismos españoles no puedan disolver ese mismo matrimonio —según el Auto comentado— más que ante juez español y por aplicación de la ley nacional.

(14) A. Remiro Brotons: *Ejecución de sentencias extranjeras en España. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Marid, 1974, p. 195-196.

Queda así claro que la fiscalización de la ley aplicada no ha tenido más objeto que llegar a la afirmación de la competencia judicial internacional exclusiva, tanto más cuanto que, en esta ocasión, no se ha podido recurrir al expediente del fraude a la ley.

La postura manifestada en el Auto comentado será reafirmada literalmente en los inmediatamente posteriores, hasta el punto de que, quizá haciéndose eco de las críticas a ella dirigida, la Sala estima que debe profundizar en la misma y despejar las objeciones que sobre lo bien fundado de su postura hubiera podido suscitarse en la doctrina científica: es el Auto de 5 de octubre del mismo año. Empeño valdío porque no sólo no parece haber convencido a nadie sino que, al final, la postura ha tenido que modificarse lo necesario para poder llegar a un resultado distinto.

Y así, en el citado Auto de 5 de octubre de 1981, tras abundar en las razones de su anterior de 14 de julio —no en balde es el modelo— en el sentido de que antes de la reforma el Código ya estaba afirmada «la jurisdicción exclusiva de los Tribunales patrios en cuestiones de derecho de familia», citándose el Código civil en sus artículos 9 —que era y es una regla de conflicto en materia de ley aplicable al estatuto personal— 11,3 —que era la excepción de orden público, y 12 que nada tenía que ver con la cuestión, y el espíritu que informa el art. 51 de la LEC —espíritu que más vale no tocar— y que *después* de la reforma hay que llegar a la misma conclusión porque la atribución de competencia a los tribunales españoles que hace el número 1 de la Disposición adicional primera de la Ley 30/1981, de 7 de julio, «no es alterable mediante convenio de los interesados» porque «tal pacto ni siquiera se autoriza, en el orden, mucho menos importante, de la competencia territorial, según preceptúa la Disposición adicional tercera, párrafo último», argumentación cuyo fundamento es harto discutible y cuyas consecuencias ya hemos comentado, a las que habría que añadir las producidas por el juego de las restantes conexiones de la citada Disposición adicional primera puesto que también éstas realizan una atribución de competencia a los tribunales españoles, tras abundar en estas consideraciones digo, el Auto va a la argumentación que constituye la razón del fallo denegatorio:

«el oportuno juego de las excepciones de fraude de la ley y orden público interno (arts. 954,2 y 600,1 LEC y 12.3 del Código Civil)».

Asombroso. Ninguna de las disposiciones citadas contempla el fraude a la ley...; la segunda y tercera se refieren al orden público, a la *excepción* de orden público, y la primera a la no rebeldía del demandado en el proceso de origen. Supongo que se trata de un lapsus o error de cita y que se refiere al número 3 del art. 954 LEC... que contiene la excepción de orden público en materia de ejecución de sentencias extranjeras. ¿Es posible admitir que, des-

pués de la Constitución y de una reforma de la materia como la operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, se vuelva a sacar de nuevo la excepción de orden público para oponerse a una sentencia extranjera de divorcio? Debe tratarse de otro lapsus. El Auto razona en el ámbito del fraude: el solicitante y su esposa «ambos de profesión liberal (que por lo visto son las más propicias para cometer el fraude) tienen la nacionalidad española, contrajeron matrimonio en Madrid...» son vecinos, de la capital el esposo y de su provincia la esposa, «y por lo que a la sentencia extranjera de divorcio concierne» se funda

«en la única causa del «mutuo consentimiento», particularidades que están evidenciando la conducta fraudulenta seguida para sustraerse a las cautelosas previsiones del art. 86 del Código civil e impedir las determinaciones que debería adoptar el Juez con arreglo a los artículos 90 y siguientes...».

La acusación de conducta fraudulenta que se hace a los esposos es jurídicamente inadmisibles, de entrada porque, como ya hemos dicho al comentar el Auto precedente, las «cautelosas previsiones del art. 86 del Código civil» no podían ser defraudadas por nadie ni había juez alguno que pudiera adoptar las determinaciones de los artículos 90 y siguientes, al no estar en vigor en la fecha de la sentencia de divorcio del juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de San Cristóbal (República Dominicana) —el 7 de agosto de 1981— y mucho menos en el momento que se dedujo la demanda, la Ley española de divorcio.

No obstante, continuemos. Fraude de ley. Pero para aceptar su *existencia* en este caso concreto, y no la institución del fraude como impeditivo del reconocimiento de una sentencia extranjera, que sería tema posterior y argumento a discutir, habría que estar convencidos de que en el caso se dan sus presupuestos, según el art. 12,4 del C. civil, esto es «la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española». La utilización de una norma de conflicto, en sí mismo, no es determinante puesto que lo decisivo es que ello se haga *con el fin* de eludir una norma *imperativa* del foro; además, en el caso concreto, los esposos no han alterado la circunstancia tomada en cuenta por el punto de conexión de la regla de conflicto en materia de estatuto personal (la nacionalidad) y en cuanto a la conexión que eventualmente atribuyó competencia al juez extranjero, nada sabemos puesto que el Auto deja constancia del domicilio en España de las partes *en el momento de la solicitud del exequatur* pero no indaga el que tenían en el momento de la petición de divorcio, que, si fue en Santo Domingo, haría difícilmente admisible la *intención* de defraudar, esencia de la institución. Por otro lado, en lo que se refiere a la imperatividad de la norma supuestamente eludida, el razonamiento y conclusión del Auto me parece francamente objetable, porque la obtención del divorcio por mutuo consentimiento que parece ser uno de los

hechos apreciados como determinantes de la conducta fraudulenta y consiguiente denegación del exequatur, está admitido como causa en nuestro ordenamiento, precisamente entre «las cautelosas previsiones del art. 86 del Código civil», así que el divorcio por mutuo acuerdo obtenido en el extranjero de ninguna manera choca con norma alguna española que lo prohíba, con independencia de que la Sala lo considere «un censurable proceder»; otra cosa es el tema del juego de los plazos que puedan existir en uno o en otro ordenamiento y ya sería desorbitado y fuera de la razonable lógica hacer creer que un matrimonio busca intencionadamente un tribunal extranjero para eludir los plazos de la ley española cuando desde que se rompió la convivencia y se decidió solicitar el divorcio hasta el momento de plantear su reconocimiento en España, lo más probable es que tales plazos se hayan cumplido sobradamente; dicho de otra forma y lisa y llanamente: que lo que el T. S. deniega en trámite de exequatur, un Juzgado lo hubiera concedido en proceso de divorcio. Por otra parte, y en definitiva, teñir de imperatividad el art. 86 del Código significa anular el art. 107 y con él, los límites de aplicabilidad por nuestros jueces de la ley española así como la imposibilidad de aplicar una ley extranjera y de reconocer cualquier sentencia de divorcio que no hubiera aplicado el art. 86 de nuestro Código civil.

Los restantes Autos que se alinean con los anteriores razonamientos son reproducción literal de aquéllos; el último de los mismos —de 10 de diciembre de 1982— que deniega el exequatur a una sentencia de divorcio nicaragüense, contiene un nuevo matiz en los conocidos argumentos que no me resisto a enjuiciar. El divorcio había recaído en un matrimonio de españoles, nacionalidad que conservaban en el momento de la solicitud de exequatur, residiendo así mismo ambos en España, todo lo cual hace

«obvio que, por aplicación de mandato expreso del artículo 107 del Código civil, las cuestiones relativas a la separación y el divorcio habrán de entenderse regidas por su ley nacional común, es decir, la española, *Ley ésta que no se acredita haya sido aplicada en el presente caso, máxime cuando, habiéndose solicitado y obtenido el divorcio por mutuo acuerdo, no existía tal posibilidad legal en el ordenamiento jurídico español en el momento en que la resolución extranjera cuya ejecución se solicita fue dictada...*».

Esta clarísimo: el Auto pretende que se acredite la aplicación de una ley que él mismo declara inexistente en el momento en el que exige debió aplicarse. Y continúa:

«y si a ello se une que, como tiene ya declarado esta Sala en Auto de 14 de julio de 1982, «la aplicación de la ley española como ley nacional común de la solicitante y su esposo al momento de la presentación de la demanda de divorcio ante tribunal extranjero, dimana de una norma de con-

flicto declarada en nuestro ordenamiento (artículo 107, apartado 1.º del Código civil)...» «resulta obligado concluir que no puede accederse a la ejecución de una Resolución extranjera en la que se prescindió de la observancia de lo estatuido en esta materia por el ordenamiento jurídico español...».

Lo que más bien resulta obligado concluir es en la imposibilidad de observar lo estatuido en la materia en un momento en que no había nada estatuido, al igual que no puede dinamar aplicación de ley alguna de una regla de conflicto inexistente en ese momento.

b) Como ya indicaba al principio, los Autos que restan por analizar son representativos de una línea argumental distinta y aún opuesta a la anterior examinada, que concluye en el otorgamiento del exequatur. Las notas fundamentales que caracterizarían esta orientación, a mi juicio, son las siguientes:

1. Desaparece la consideración de orden público que la línea jurisprudencial precedente había atribuido de una forma u otra a la materia.

2. En consecuencia de lo anterior, se elimina la afirmación de la competencia judicial exclusiva de los tribunales españoles.

3. Se especifica con claridad el sistema de exequatur aplicado, de manera que la Resolución judicial se instrumenta en función de las condiciones del sistema correspondiente.

4. Es precisamente en la comprobación del cumplimiento de las condiciones exigidas por el sistema de exequatur aplicado cuando reaparece, en alguna ocasión, lo que podría ser el control de la competencia internacional del juez de origen, aunque a mi modo de ver no quede claro si ello se constituye como un requisito, incluido o añadido en el art. 954 LEC, o es más bien un razonamiento *ex abundantia*. En cualquier caso, en este aspecto concreto puede apreciarse un claro y paulatino debilitamiento de la exigencia del control, hasta el punto de que, hoy, podría afirmarse su eliminación.

Los Autos que conforman esta línea de solución del exequatur —al menos los que he podido manejar— son en número de diecinueve. En todos ellos se otorga el exequatur. Ahora bien, resulta prácticamente imposible extraer de dichos Autos una idea clara y definitiva de la postura de la Sala en orden a la procedencia de efectuar el control de la competencia del juez de origen y de la ley aplicable, por un lado, y de la posible relación existente entre dicha necesidad de control y otros elementos como la común nacionalidad española de los esposos o el lugar de su domicilio o residencia habitual en el momento de la petición de divorcio, por otro. En efecto, de los diecinueve Autos, en sólo dos se trata de esposos españoles, residentes fuera de España en el momento del divorcio, pero en el primero, de fecha de 21 de octubre de 1982, basta con el cumplimiento de las condiciones del art. 954 de la LEC para que

se conceda el exequatur, aunque en la consideración de la tercera condición haya una apariencia de control, mientras que en el segundo, de fecha 1 de junio de 1983, aún afirmándose que el supuesto es de los que debe decidirse de acuerdo con el sistema del art. 954 de la LEC, se realiza el control de la competencia y de la ley aplicada por el juez de origen. Y resulta que en ambos casos, el Ponente de los Autos fue el mismo Magistrado. La razón de este proceder quizá radique en el hecho de que, en el primero de los Autos, no hubo oposición del Fiscal al exequatur mientras que, en el segundo, uno de los motivos de oposición del Fiscal fue precisamente el que no se aplicara al divorcio la ley española.

Por otro lado, lo que sí puede apreciarse claramente es la correlación existente entre dicho control y el Magistrado Ponente del Auto; de los citados diecinueve Autos, cuatro traen a colación la idea del control; en los cuatro se argumenta con la residencia de los esposos fuera de España en el momento de la demanda del divorcio; dos tuvieron como Magistrado Ponente a D. Jaime de Castro García y los otros dos a D. Cecilio Serena Velloso.

El Auto más representativo del cambio de enfoque del T. S. —si lo comparamos con la postura mantenida en los Autos comentados anteriormente— es el de 1 de junio de 1983, tanto porque en él se trata del exequatur de una sentencia que disuelve el matrimonio de esposos españoles como porque se realiza el control de la competencia del juez de origen y de la ley aplicada de una manera que conviene comentar y clarificar (15). Se plantea aquí el reconocimiento de una sentencia de divorcio dictada por un tribunal uruguayo y recaída en un matrimonio de españoles residentes en Uruguay. Declarado en el Auto que el supuesto se encuadra en el «tercero de los sistemas de reconocimiento o sea el del citado art. 954 según el cual las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las cuatro circunstancias del art. 954 de la LEC», la Sala deja constancia, en primer lugar, «que aparece incuestionada la concurrencia de la primera y cuarta» para, a continuación, abordar los motivos de oposición manifestados por el Ministerio Fiscal, el primero de los cuales era el haberse dictado la sentencia en rebeldía (que es la circunstancia segunda del art. 954) que la Sala rechaza por motivos que ahora no interesan, y, el segundo, que la común nacionalidad española de los cónyuges sometía el divorcio a su ley personal aún hallándose en el extranjero y según constante determinación del artículo 9 del Código civil español. La respuesta de la Sala es que tampoco ello es obstáculo al reconocimiento

(15) En rigor, el Auto que más se contrapone a la postura jurisprudencial inmediatamente anterior es el de 21 de octubre de 1982 puesto que, como indicábamos, concede el exequatur a una sentencia del T. S. del Estado de Nueva York que divorcia a esposos españoles, sin plantearse el control de la ley material aplicada y justificando la competencia del Tribunal neoyorkino por el hecho de que «el domicilio de los cónyuges contendientes se hallaba establecido en el extranjero» en el momento de la demanda de divorcio.

«después de la reforma operada en el Código civil y el nuevo párrafo segundo del art. 107, según el cual las sentencias de separación y divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Significa ello —me parece evidente— que ante la pretensión del Fiscal de que se controle la ley aplicada por el juez extranjero, la Sala niega el que pueda procederse a tal control en virtud del párrafo segundo del artículo 107 del Código civil. Sin embargo en el considerando siguiente, la Sala se cree o se ve en la obligación de justificar lo que nadie había pedido que se justificase: la competencia del juez extranjero, que se hace en los siguientes términos:

«Que en presencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el art. 954 de la misma, a cuyo sistema queda sometido, según lo antes razonado, el reconocimiento de la sentencia extranjera de que se trata, y de la Disposición adicional primera de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que complementa a aquélla provisionalmente y en tanto no sea modificada la misma, el Tribunal de origen de la sentencia es el que aparece competente para dictarla según el criterio que inspira su caso 2.º, pues si los órganos jurisdiccionales españoles lo son para conocer cuando ambos cónyuges, aún no teniendo la nacionalidad española, sean residentes en España, no se atisba razón alguna para desconocer la de los Tribunales extranjeros cuando ambos cónyuges españoles se hallaban residiendo en el extranjero al tiempo de su juicio de divorcio, confirmándolo el que la materia matrimonial no sea actualmente materia reservada a la exclusiva competencia del tribunal del foro según el derecho convencional y concretamente el artículo 5 *in fine* del Convenio entre el Gobierno español y el de la República francesa de 28 de mayo de 1896 (debe leerse 1969) y el 15 *in fine* del Convenio entre España e Italia de 22 de mayo de 1973, y es obvio en este aspecto que se considera que el pronunciamiento del divorcio no contradice ahora los principios del vigente ordenamiento jurídico español del matrimonio (con lo que se da la circunstancia 3.ª del art. 954 de que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España) a tal punto que la aplicación de la actual ley nacional de los cónyuges, hace casi un cuarto de siglo de pronunciada la sentencia, no conduciría a otro resultado sino al mismo producido entonces por la aplicación de la ley foránea».

Hay tres puntos en el considerando transcrito que tienen su importancia; en primer lugar, la afirmación de que «la materia matrimonial no sea actualmente materia reservada a la exclusiva competencia del Tribunal del foro según el derecho convencional»: se acaba así con la precedente postura de la misma Sala, aunque la afirmación se fundamente en el derecho convencional

que aquí no viene a cuento y las disposiciones convencionales concretas que cita no sean las pertinentes puesto que se refieren a la competencia legislativa; en segundo lugar, que el procedimiento buscado para justificar la competencia del juez extranjero gira en torno de la idea de reciprocidad aunque a la inversa: si el juez español es competente para conocer cuando los esposos son extranjeros pero residentes en España, igualmente debe serlo el juez extranjero cuando se trata de españoles residentes en el foro. En realidad, todo esto son eufemismos; lo que realmente se quiere introducir es la idea de lo razonable por oposición a lo fraudulento en cuanto a criterios de competencia judicial extranjera para homologar en España sentencias dictadas de acuerdo con esos criterios, estimándose que lo razonable es lo que coincide con las previsiones del legislador español. A mi modo de ver, no procede aplaudir el control de la competencia del juez de origen y de la ley aplicable más que cuando se articula en un Convenio internacional, así que me parece desacertada la práctica que de la institución ha hecho el T. S., no exigida entre las condiciones del art. 954 LEC. Una vez desaparecida la oposición del orden público, no parece justificado acudir a otro tipo de fiscalizaciones que, en el fondo, tienen como fin el mismo que el que se asigna al orden público. El último punto que quería resaltar se refiere a la confusión sobre la tercera de las circunstancias del art. 954 LEC que, como se sabe, encierra la excepción de orden público, pero que en este Auto, como en otros, se presenta condicionada, ligada o subsumida en algo tan distinto como el control de la competencia del juez de origen o de la ley que éste aplicó. Por ello cabe pensar que, en el Auto que comentamos, lo esencial es la idea de que basta para homologar la sentencia extranjera con el cumplimiento de los requisitos enumerados en el art. 954 LEC y que lo demás es un añadido que quizá tenga su justificación en la necesidad de contestar a la oposición formulada por el Ministerio Fiscal o en la de fundamentar la ruptura con la línea jurisprudencial anterior, por otra parte ya abandonada en Autos precedentes, desde el de fecha 21 de octubre de 1982.

Menor justificación tiene el control que de la competencia del juez extranjero y de la ley aplicable parece realizarse en los otros tres Autos, pues se trata de divorcios recaídos sobre matrimonios mixtos: son los de fecha 29 de noviembre de 1982 y 22 de septiembre y 12 de diciembre de 1983.

En los quince restantes Autos consultados, el exequatur se otorga, como hemos dicho, tras la sólo comprobación de que la sentencia extranjera reúne las condiciones exigidas según el sistema de homologación aplicado, esto es, lo previsto en un Convenio internacional (16) o en el art. 954 de la LEC (17).

(16) Es el caso de los Autos de 9 de diciembre de 1982 y 15 de abril, 27 de octubre y 2 de diciembre de 1983, que aplican el Convenio Hispano-francés de 28 de mayo de 1969.

(17) Son los Autos de fecha 21 de octubre de 1982, 25 de marzo, 27 de abril, 11 de mayo, 28 de junio, 18 y 24 de octubre, 19, 20 y 22 de diciembre de 1983 y 18 de enero de 1984.

De todo ello se desprende, en mi opinión, como conclusión final, que nuestro T. S., probablemente estimulado por la doctrina científica, ha arrinconado la breve pero desafortunada postura que se iniciara con el Auto de 14 de julio de 1982 y, en la actualidad, considera suficiente para el exequatur de la sentencia foránea, el cumplimiento de los requisitos o presupuestos expresamente consignados en el art. 954 de la LEC cuando no quepa la aplicación de un Convenio internacional (18).

En realidad, cuando se elimina la afirmación de la competencia judicial exclusiva, todo cambia y el control de la competencia del juez de origen o de la ley que aplicó ya no parece una exigencia sino un razonamiento, cuando se utiliza, para abundar en la justificación del exequatur.

III. LA APORTACION DE LAS SENTENCIAS DE DIVORCIO EXTRANJERAS A LA DETERMINACION DE LAS CONDICIONES DEL EXEQUATUR

Tal como advertíamos al comienzo de este trabajo, las sentencias de divorcio no suponen especialidad alguna en los sistemas de ejecución de sentencias extranjeras que conoce nuestro ordenamiento. Sin embargo, el hecho de que desde 1979, el tema de la homologación de los divorcios pronunciados en el extranjero haya constituido el contingente en mucho mayoritario de cuantas peticiones de exequatur se plantean ante la Sala Primera del T. S., ha permitido establecer una línea jurisprudencial definida con respecto a determinadas condiciones o presupuestos del exequatur, de índole formal o procesal, que antes venían envueltos de una cierta ambigüedad o simplemente eran objeto de una interpretación o lectura distinta de la que actualmente tienen. Esta nueva línea jurisprudencial es particularmente interesante para la práctica forense.

a) La relación existente entre los sistemas del exequatur

Como se sabe, de los tres que conoce nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil —el convencional, art. 951; el de la reciprocidad, arts. 952 y 953 y el supletorio o de condiciones, art. 954— sólo la relación del primero con los otros dos es la que queda clara y libre de objeciones en cuanto que la existencia de un Convenio internacional aplicable descarta el que pueda tomarse en consideración

(18) Así, en los Autos de 26 de octubre de 1982 y 8 de julio de 1983, se deniega el exequatur por defectos formales en los documentos aportados. En el Auto de 6 de diciembre de 1983, el T. S. se declara incompetente para pronunciarse por aplicación del Convenio Hispano-suizo de 19 de noviembre de 1896, cuyo art. 2 señala como competente para entender del exequatur al juez del lugar en donde deba cumplirse la sentencia.

los otros dos. Así, como en Autos anteriores (19), se ha afirmado el carácter «preferente» de la norma internacional con relación a las demás, en los Autos de 2 y 6 de diciembre de 1983 (20). Ahora bien, es la relación entre el sistema de la reciprocidad y el de las condiciones la que siempre ha planteado la duda de saber si la reciprocidad positiva (art. 952), necesita, además, de las condiciones del art. 954 para que pueda concederse al exequatur o si, por el contrario, la homologación puede producirse, o no, por aplicación de la reciprocidad positiva o negativa de los arts. 952 y 953 respectivamente, de manera que el art. 954 entraría en juego sólo cuando, tal como precisamente comienza diciendo dicha disposición, la ejecutoria extranjera «no estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden». La duda queda parcialmente disipada: La reciprocidad positiva del art. 952 parece funcionar por sí sola a falta de Tratado, mientras el exequatur por la vía del art. 954 sólo procede cuando no se de ninguno de los supuestos de los art. 951 a 953. Así, el Auto de 25 de marzo de 1983 concede el exequatur dado que, por una parte, a falta de Tratado especial con la República Federal Alemana, debe aplicarse, a tenor del artículo 952 de la Ley Procesal civil, el principio de reciprocidad, «y está acreditado en los autos que en similares circunstancias los tribunales alemanes darán cumplimiento a las ejecutorias españolas, y por otro lado, aparecen cumplidos todos los requisitos *formales* exigidos por la normativa vigente, sin que existan *razones de orden público* que se opongan a su cumplimiento» (21).

(19) Autos de 2 de noviembre de 1966 y 25 de junio de 1969, entre otros.

(20) En realidad, la afirmación expresa de «preferencia» de la norma convencional internacional es, en los Autos y por lo general, irrelevante. Lo normal es que en uno de estos supuestos, se aplique el Convenio correspondiente sin más declaraciones, lo que tiene el mismo valor a los efectos que aquí interesan, que los que expresamente hablan de tal preferencia. No obstante, siempre puede producirse lo «anormal», es decir la inaplicación de un Convenio internacional aplicable por la vía de no acordarse de su existencia: es el caso ya citado del Auto de 14 de julio de 1982.

(21) Así pues, apreciada la reciprocidad positiva, el Auto requiere, además, el cumplimiento de los requisitos formales (legalización, traducción de la ejecutoria) así como la no contrariedad con el orden público del foro, esto es, la 3.ª y 4.ª condición del art. 954 LEC, lo cual es, por otro lado, totalmente lógico; pero sería igualmente lógico exigir el cumplimiento de las dos condiciones restantes pues, el respeto de los derechos de defensa del demandado en el proceso de origen, es consustancial a lo procesalmente regular y justo mientras que el requisito de que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal se cumple obviamente en todas las sentencias de divorcio, a más de que las acciones reales plantean el tema de la competencia exclusiva del juez del lugar de situación del inmueble, por lo que no procedería el exequatur por la vía del art. 952 LEC de una sentencia extranjera que decidiera de un inmueble sito en España. Por ello, el Auto de 7 de marzo de 1981, en una materia distinta a la del divorcio, aprecia la reciprocidad del art. 952 LEC pero exige, además, las condiciones del art. 954. Ahora bien, si esto es así, el citado art. 952 LEC no tiene contenido alguno y resulta supérfluo pues, con reunir las condiciones del art. 954 y no darse la reciprocidad negativa del art. 953, el exequatur será concedido.

Ahora bien, para que funcione el sistema del art. 954, basta con que *no se acredite o simplemente no conste* dato alguno relativo a lo prevenido en el art. 953. Así, la fórmula empleada puede ser la de que «no constando que en X. se deniegue la ejecución de sentencias españolas» (Autos de 3 de mayo y 1 de junio de 1982 y 28 de abril y 19 de diciembre de 1983) o «no constando la fuerza que se da en X a las ejecutorias dictadas en España, el presente juicio debe regirse por el sistema del artículo 954...» (Auto de 1 de junio y 12 de diciembre de 1983) o también «no hallándose en la hipótesis regulada en el art. 953... con arreglo a lo prevenido en el artículo 954, procede...» (Autos de 21 de octubre y 29 de noviembre de 1982 y 22 de septiembre de 1983) o en definitiva que «no constando elementos de hecho que permitan subsumir el caso contemplado en las hipótesis de las artículos 952 y 953, habrá que resolver por aplicación de la normativa del artículo 954...» (Autos de 20 de diciembre de 1983 y 18 de enero de 1984). Resulta de todo ello que, en el fondo, todo es un problema de carga de la prueba: el peticionario del exequatur podrá intentar conseguir la homologación por la vía del art. 954 siempre que su oponente —si lo hubiere efectivamente— no consiga acreditar la reciprocidad negativa del art. 953. De todas formas, es igualmente cierto que un buen número de Autos van directamente a las condiciones del art. 954 sin plantearse para nada el tema de la reciprocidad positiva o negativa (22).

b) La «firmeza» de la sentencia extranjera

Aunque no aparezca expresamente consignada más que en el art. 951 LEC, lo cierto es que la firmeza de la resolución judicial extranjera debe acreditarse necesariamente para la concesión del exequatur por uno u otro de los dos restantes sistemas; en la mayoría de los Autos se menciona expresamente el cumplimiento de dicho requisito, de manera que, cuando no es así, el exequatur se deniega, como ocurre en el Auto de 8 de julio de 1983, porque la ejecutoria de divorcio extranjera se presenta

«sin constancia expresa de la indispensable firmeza y sobre todo sin la legalización...».

Lo normal es que la «constancia expresa» de la firmeza lo sea a través de la correspondiente certificación expedida por la autoridad judicial extranjera competente pero puede acreditarse por otras vías, pues lo importante es que al juez del exequatur no le quepa duda alguna sobre la imposibilidad de que la sentencia extranjera sea recurrida; esto es lo que viene a recoger el Auto de 1 de junio de 1983 cuando en su segundo considerando, dice:

(22) Son los de fecha 12 de enero de 1981, 20 de mayo de 1982, 11 de mayo, 28 de junio, 18 y 24 de octubre y 22 de diciembre de 1983.

«Que el requisito de la firmeza de la sentencia cuyo reconocimiento se solicita, siquiera no se documente directamente (como el Ministerio Fiscal acusa) en la carta ejecutoria y sea ésta de la firmeza exigencia común a todos los sistemas de reconocimiento conocidos por la legislación española, pero puede no obstante alcanzarse la convicción de que existe en el caso, puesto que, como se deja dicho, fue ejecutada en el país de origen de la sentencia al tomarse razón de lo resuelto en el Registro General del Estado Civil, al que fue comunicado el fallo; siendo de citar el precedente de un caso análogo resuelto por el Tribunal Supremo en el Auto de 16 de mayo de 1947».

c) La rebeldía del demandado

De sobra se sabe que este requisito, segundo de los que exige el art. 954 LEC para dar fuerza en España a las ejecutorias extranjeras, ha sido interpretado y aplicado por el T. S. de manera tan absoluta que, cuando se apreciaba en el caso, cualquiera que fuera su justificación, impedía el otorgamiento del exequatur. Naturalmente que ello proporcionaba a todo demandado en la sentencia extranjera un refugio seguro contra la ejecución en España, por el sólo hecho de no comparecer en juicio aunque hubiera sido regularmente emplazado.

Esta interpretación de la rebeldía, propiciadora de abusos, ha sido corregida por el T. S. por dos caminos: uno reconduciéndola a lo que debe ser su finalidad: la protección de los derechos de la defensa, que no quedan respetados en tanto no se conceda al demandado la posibilidad de defenderse en juicio; otro, considerándola sanada, en cuanto situación procesal obstativa del exequatur, por actos posteriores del afectado que acreditan su voluntad de aceptar la sentencia de cuya ejecución se trata.

De esta manera, el Auto antes citado de 1 de junio de 1983, al enjuiciar el primer motivo de oposición del Fiscal al otorgamiento del exequatur —la rebeldía de la demandada, que había sido emplazada por edictos sin que constara citación personal alguna para que tuviera conocimiento del proceso— entiende que, precisamente

«la falta de emplazamiento personal a que la rebeldía es reconducible, aparece suplida por la circunstancia de habérsele designado a la demandada un defensor de oficio con el que se entendieron las diligencias; amén de estar justificado en principio que la mujer demandada se hallaba casada, años después de la ejecutoria, en otra lejana República sudamericana».

Son pues, aquí, dos situaciones concurrentes las que hacen inoperante en el trámite del exequatur la no comparecencia personal de la demandada en

el proceso de divorcio extranjero: sus derechos como demandada quedaron protegidos por la intervención de un defensor de oficio y, a mayor abundamiento, el matrimonio posterior de aquélla acreditaba la plena conformidad y utilización por su parte de la sentencia de divorcio.

Es la significación de los actos posteriores del rebelde la que va a considerarse por el T. S. sanadora de la inicial incomparecencia. Así, en el Auto de 1 de junio de 1982, se considera que la sentencia extranjera en cuestión no consta se haya dictado en rebeldía,

«que por otra parte vendría sanada tanto por el cónyuge solicitante de la ejecución de la sentencia D. ... ante su petición de efectividad de tal sentencia, como por el cónyuge contra el que tal ejecutoria viene dirigida en cuanto contrajo segundo matrimonio en su condición de divorciada...».

Y en el de fecha 10 de septiembre de 1982, la sentencia extranjera,

«aún siendo pronunciada en rebeldía con relación a la solicitante D.^a ... ha sido aceptada por ésta al solicitar su cumplimiento por lo que cesan al respecto los efectos de aquella situación procesal».

La misma actitud se encuentra en el Auto de 22 de diciembre de 1983: en este supuesto se dice

«el demandado no estuvo en rebeldía, siendo oído, sin olvidar que, en todo caso, *es él quien interesa el «exequatur»*».

Tampoco fue rebelde —aunque no compareciera en juicio— la demandada que había renunciado a la representación letrada y admitido los cargos que se le imputaban, habiendo concurrido a un acto de conciliación ante el juez y sido oída personal y detenidamente, y había convenido extrajudicialmente las consecuencias del divorcio (Auto de 12 de diciembre de 1983).

Más laxo en la consideración de este requisito, quizá excesivamente laxo, es el Auto de 18 de enero de 1984, pues considera suficiente para salvar el obstáculo el que «no consta que el esposo estuviese en rebeldía». Habida cuenta de que sí consta que el procedimiento de divorcio fue instado por la esposa y de que en el trámite del exequatur el marido, de nacionalidad inglesa, fue citado por edictos, al ser desconocido su domicilio por la solicitante, no compareciendo, y de que la carta ejecutoria presentada por la esposa no contenía la transcripción literal de la resolución judicial decretando el divorcio, lo que había sido advertido por el Fiscal, me parece que la Sala, tan rigurosa en otras ocasiones, en ésta no ha llegado a lo que sería razonable exigir para mantener el equilibrio entre la justa petición de que se reconozca el divorcio obtenido

en el extranjero y el convencimiento de que fueron respetados los derechos de la defensa.

d) La citación y audiencia de la parte demandada en el exequatur

En este aspecto existen también algunas singularidades de interés. En efecto, cuando se trata de una sentencia de divorcio, tan normal es que la petición de exequatur se formule por uno de los interesados contra el otro, que se haga de común acuerdo por ellos, ya sea instándolo conjuntamente, ya por uno con el acuerdo posterior, o el allanamiento, del otro.

En este último caso, se excusa lógicamente el trámite de emplazamiento por nueve días a la contra parte —Auto de 2 de diciembre de 1983— de la misma manera que la obtención del divorcio por mutuo acuerdo hace innecesaria la audiencia de la otra parte, en el exequatur, según el Auto de 20 de mayo de 1982 (23).

Por su lado, cuando el exequatur se solicita por una parte contra la otra, puede ocurrir —y así es en la mayoría de los casos— que el domicilio de la demandada se encuentre en el extranjero —por lo que procede la notificación por «comisión rogatoria» tramitada por el cauce de alguno de los Convenios internacionales en la materia suscrito por España o por vía diplomática— o que tal domicilio se ignore (o se desee ignorar, habida cuenta de la dilación del proceso que este trámite supone), por lo cual procede la citación por edictos. Por todo ello, no deja de sorprender el prurito manifestado por el T. S. en su Auto de 1 de junio de 1983 cuando, ante el ignorado paradero de la demandada en el exequatur, se le citó en la persona de una hija suya, vecina de Vigo. Ciertamente que, como se ha dicho, con ello el T. S. dio una solución realista, pragmática y de economía procesal... aunque partiendo de la presunción, acaso excesiva y cercana a una auténtica ficción, de que si alguien en España puede saber dónde se encuentra la demandada, esa persona no puede ser otra que su hija (24).

En mi opinión, y habida cuenta de las singularidades que en las ocasiones vistas ha decidido el T. S. y de que, en ésta, le constaba expresa y documentalmente que la demandada había contraído nuevo matrimonio, lo más pragmático y quizá pertinente hubiera sido eximir el trámite de la notificación o, en todo caso, recurrir a los edictos en lugar de al art. 268 LEC que no contempla el supuesto aquí enjuiciado.

(23) De lo que cabría lícitamente deducir que cuando la homologación se solicite por el demandado en el proceso de divorcio, todavía menos justificación tendrá la citación y audiencia de la contraparte, que, de oponerse al exequatur, iría contra sus propios actos.

(24) Alfonso Luis Calvo Caravaca: Cif. en nota 10, pag. 6.

IV. GRAFICO DE LOS AUTOS UTILIZADOS

Auto	Origen de la sentencia	Nacionalidad de las partes*	Sistema aplicado LEC
24-10-79	Francia	Española-Francés	Art. 951 Convenio Hispano-Francés
19-1-1981	Rep. Fed. Alemana	Español-Alemana	no lo dice; teóricamente el art. 954
5-11-1981	Francia	Español-Francesa	Convenio Hispano-Francés
3-5-1982	Países Bajos	Español-Holandesa?	Art. 954
20-5-1982	Austria	Española y extranjero?	El art. 954 según se des- prende de los consideran- dos
1-6-1982	Cuba	¿?	Art. 954
14-7-1982	Francia	Españoles	Ninguno. Art. 107 C. Civil.
23-9-1982	Rep. Dominicana	Españoles	Ninguno. Art. 107 C. Civil.
5-10-1982	Rep. Dominicana	Españoles	Ninguno. Art. 107 C. Civil.

* La nacionalidad de una o ambas partes no siempre queda declarada en los Autos, de ahí que figure un signo de interrogación en la parte cuya nacionalidad se supone. En cualquier caso, si hubiera que aplicar las reglas sobre nacionalidad española en cada uno de los supuestos posiblemente ésta fuese distinta de la que se atribuye en los Autos o la que se supone.

Exequatur	Ponente	Observaciones
Otorgado	C. de la Vega Benayas	Aplicación del art. 32,2 de la Constitución que elimina la excepción de orden público.
Otorgado	J. de Castro García	Aplicación del art. 32,2 de la Constitución que elimina la excepción de orden público. Divorcio de mutuo acuerdo y conformidad de la esposa al exequatur.
Otorgado		Igual que los anteriores.
Otorgado	C. de la Vega Benayas	Se cumplen las condiciones del art. 954, no constando que en Holanda se deniegue la ejecución de las sentencias españolas.
Otorgado	J. de Castro García	Divorcio obtenido de mutuo acuerdo y no oposición del orden público.
Otorgado	A. Fernández Rodríguez	Se cumplen las condiciones del art. 954, no constatando la existencia de tratado como tampoco que no se de cumplimiento por jurisprudencia a las ejecutorias españolas.
Denegado	J. Santos Briz	Control de la competencia del juez de origen y de la ley aplicada con base en el art. 107 del C. Civil, aplicado de oficio. No aplica Convenio Hispano-Francés. La normativa española en la materia es de orden público.
Denegado	R. Casares Córdoba	Control de la competencia del juez de origen y de la ley aplicada con base en el art. 107 del C. Civil, aplicado de oficio. La normativa española en la materia es de orden público.
Denegado		Igual que el anterior. Aprecia fraude a la Ley. El divorcio se obtuvo por mutuo acuerdo.

Quiero hacer constar mi agradecimiento al Departamento de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid y, en particular, al Profesor Dr. D. Alfonso Luis Calvo Caravaca, por haber tenido la gentileza de proporcionarme una buena parte de los Autos utilizados para la realización del presente trabajo.

Auto	Origen de la sentencia	Nacionalidad de las partes*	Sistema aplicado LEC
21-10-1982	EE.UU.	Espanoles	Art. 954.
26-10-1982	Rep. Fed. Alemana	Español y alemana	
29-11-1982	Países Bajos	Español y Holandés	Art. 954
1-12-1982	Venezuela	Espanoles	Ninguno. Art. 107 Código civil.
9-12-1982	Francia	Española y Francés	Convenio Hispano-Francés
10-12-1982	Nicaragua	Espanoles	Ninguno. Art. 107 C. civil
25-3-1983	Rep. Fed. Alemana	Español y alemana	Art. 952
15-4-1983	Francia	Francés y española?	Convenio Hispano-Francés
27-4-1983	Rep. Fed. Alemana	Alemán y española	Art. 954
11-5-1983	Países Bajos	Español y Holandesa?	Art. 954
1-6-1983	Uruguay	Espanoles	Art. 954

Exequatur	Ponente	Observaciones
Otorgado	C. Serena Velloso	La demandada en el exequatur se allana al mismo. El supuesto no se halla comprendido en los arts. 951 a 953, reuniendo las circunstancias del art. 954.
Denegado	C. de la Vega Benayas	Ilegalidad de la copia de Escritura de poder de Procurador y no aportación de documentos originales de la sentencia.
Otorgado	J. de Castro García	Se descarta la hipótesis del art. 953. Se aplica el 954 reforzado por darse las previsiones del art. 9,2 y 107 del C. civil y Disp. Ad. Primera de la Ley 30/1981, de 7 de julio.
Denegado	S. Sánchez Jáuregui	Control de la competencia del juez de origen y de la ley aplicada con base en el art. 107 del C. civil, aplicado de oficio. La normativa española en la materia es de orden público.
Otorgado	J. de Castro García	Aplica el Convenio, y, a mayor abundamiento, el art. 107 C. civil y la Disp. Ad. 1.ª Ley 30/1981, de 7 de julio.
Denegado	J.L. Albacar López	Control de la competencia del juez de origen y de la ley aplicada con base en el art. 107 del C. civil, aplicado de oficio. Divorcio por mutuo acuerdo.
Otorgado	R. Pérez Gimeno	Divorcio de mutuo acuerdo. Petición de exequatur conjunta. Art. 952 además de requisitos formales y no oposición al orden público.
Otorgado		
Otorgado	J.L. Albacar López	Se aplica el art. 954 LEC porque «no consta que en el país en que se dictó no se respete el principio de reciprocidad con España».
Otorgado	R. Casares Córdoba	
Otorgado	C. Serena Velloso	Realiza control de la competencia del juez de origen que queda justificada por aplicación a la recíproca del n.º 2 de la Disp. Ad. 1.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Niega el control de la ley aplicable con base en el art. 107,2 del C. civil, pero, aunque se aplicase la ley española, el resultado sería equivalente al producido por la aplicación de la ley extranjera.

Auto	Origen de la sentencia	Nacionalidad de las partes*	Sistema aplicado LEC
28-6-1983	Suecia	Española y Sueco	Art. 954
8-7-1983	Canadá	Españoles?	Art. 954
22-9-1983	EE.UU.	Español y norteamericana?	Art. 954
18-10-1983	Países Bajos	¿Español y Holandesa?	Art. 954
24-10-1983	Rep. Fed. Alemana	¿Español y Alemana?	Art. 954
27-10-1983	Francia	Español y francesa	Convenio Hispano-Francés
2-12-1983	Francia	Española y francés	Convenio Hispano-Francés
6-12-1983	Suiza	Españoles	Convenio Hispano-Suizo
12-12-1983	Rep. Fed. Alemana	Alemán y española	Art. 954
19-12-1983	Gran Bretaña	Inglés y española	Art. 954
20-12-1983	Venezuela	Venezolanos	Art. 954
22-12-1983	Rep. Fed. Alemana	¿Español y alemana?	Art. 954
18-1-1984	Gran Bretaña	¿Española e Inglés?	Art. 954

Exequatur	Ponente	Observaciones
Otorgado	R. Casares Córdoba	Solicitud de exequatur conjunta.
Denegado	J. Beltrán de Heredia y Castro	No existe constancia expresa de la firmeza de la sentencia de divorcio y falta legalización exigida en el n.º 4 del art. 954.
Otorgado	J. de Castro García	Se descarta el supuesto del art. 951 y el del 953 LEC. Realiza control de la competencia el juez de origen y de la ley aplicada por medio del art. 107 del C. civil y Disp. Ad. Primera de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Residencia habitual de los conyuges en EE.UU.
Otorgado	R. Casares Córdoba	
Otorgado	J.L. Albacar López	
Otorgado	C. de la Vega Benayas	
Otorgado	C. Serena Velloso	Solicitud de exequatur conjunta, por lo que se excluye el emplazamiento por nueve días de la contraparte.
	J. Santos Briz	El T. S. se declara incompetente en virtud del art. 2 del Convenio Hispano-Suizo de 19 de noviembre de 1896 (ratificado el 6-julio-1898).
Otorgado	C. Serena Velloso	Control de la competencia del juez de origen y de la ley aplicada que se justifica por el domicilio de los conyuges en Alemania.
Otorgado	J. M.ª Gómez de la Bárcena	La esposa se allana a la solicitud de exequatur. No consta que en Gran Bretaña se deniegue la ejecución de sentencias españolas.
Otorgado	R. Pérez Gimeno	Ausencia de tratado y no consta que el caso quepa en la hipótesis de los arts. 952 y 953 LEC.
Otorgado	M. Fernández Martín-Granizo	
Otorgado	R. Pérez Gimeno	Ausencia de tratado y no consta que el caso quepa en los arts. 952 y 953.

