

El desconocimiento del reconocimiento

Ignoring recognition

FRANCISCO JOSÉ MARTÍN MAZUELOS

Magistrado jubilado y ex miembro de la REJUE

DOI: <https://doi.org/10.36151/MDIPR.2022.004>

Bitácora Millennium, Nº 16 (julio-diciembre 2022)

Zaragoza, diciembre 2022

Abstract

Al hilo de una sentencia del Tribunal Supremo que considera la resolución extranjera de divorcio como documento público, y de resoluciones de Audiencias que impiden tenerla en cuenta por no haberse obtenido previamente el exequátur, el autor estudia la oportunidad de conceder (o no) su reconocimiento a título incidental, sin necesidad de seguir un previo procedimiento de exequátur.

A judgment of the Supreme Court considers a foreign judgment on divorce as a public document, and decisions of Provincial Appeal Courts do not take into account such a foreign decision unless exequatur has been previously obtained. The author proposes to make use of the legal figure of incidental recognition in the ongoing proceedings, without the need for a previous exequatur.

Palabras clave: Reconocimiento incidental, cosa juzgada

Key words: *Incidental recognition, res iudicata*

Sumario

[I. Introducción](#)

[II. El supuesto de hecho de la STS núm. 474/2022, de 19 de abril](#)

[III. El reconocimiento en este supuesto](#)

[IV. El auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa núm. 89/2021, de 11 de junio: la excepción de cosa juzgada](#)

[V. Conclusión](#)

[Bibliografía](#)

I. Introducción

Recientemente ha sido difundida una sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo¹, que considera como documento público una resolución de divorcio marroquí para obviar la necesidad de acudir al procedimiento de exequátur, a la hora de conceder el reagrupamiento familiar con un segundo marido.

Un auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11 de junio de 2021 rechaza que una sentencia de divorcio marroquí pueda producir efecto de cosa juzgada en un procedimiento de divorcio seguido en España sin haber obtenido previamente el exequátur.

Presentan dos soluciones extremas, la primera que el reconocimiento es innecesario, y el segundo que no es posible. A mi juicio, lo procedente habría sido dilucidar la cuestión acudiendo al reconocimiento incidental de la resolución extranjera en el propio procedimiento judicial, de forma que surta efecto en ese procedimiento en concreto.

II. El supuesto de hecho de la STS núm. 474/2022, de 19 de abril

Se trataba de un reagrupamiento familiar solicitado por extranjero residente en España, respecto a su mujer que previamente se había divorciado de un tercero en Marruecos. La Administración había denegado el permiso solicitado, al considerar que, aunque se había aportado la sentencia de divorcio, carecía de exequátur.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo precisa en la nombrada sentencia² que *“la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si la Administración puede -o no- denegar la reagrupación de los familiares del extranjero residente en España que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias, si no acredita que los documentos públicos extranjeros exigidos para cumplir los requisitos establecidos en*

Fecha de recepción del original: 1 de septiembre de 2022. Fecha de aceptación de la versión final: 28 de septiembre de 2022.

¹ [Diario La Ley](#), Nº 10093, Sección Jurisprudencia, 20 de junio de 2022; vLex, Jurisprudencia de actualidad publicadas durante el mes de junio, 5 de julio de 2022.

² STS, Sala de lo Contencioso sección 5, núm. 474/2022, del 25 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1757).

*el art. 17.1.a) de la LO 4/2000 han sido reconocidos a través del procedimiento judicial de exequátur*³.

Se admite después que no es propiamente aplicable esa norma, ya que se refiere al varón residente casado más de una vez, para acreditar que *“la disolución de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los hijos menores o mayores dependientes”*, sino que aquí se trata del anterior matrimonio de la esposa, *“el debate, a los efectos de la mencionada autorización de residencia, no es propiamente la disolución del anterior matrimonio, sino la existencia del actual [...] en cuanto a la imposibilidad de existencia de otro matrimonio anterior”*.

Argumenta la sentencia (resaltamos las afirmaciones más relevantes):

“Lo que se cuestiona en el caso de autos es que, habiendo contraído la esposa un matrimonio anterior, se ha aportado la ya mencionada acta de divorcio extendida en su País de origen [Marruecos], debidamente homologada en vía judicial que, a juicio de la Administración recurrente, no es suficiente a los efectos de los mencionados preceptos, sino que esa homologación requería un procedimiento de exequatur sin el cual, en el razonar del escrito de interposición del recurso, no puede estimarse cumplidos los requisitos que se imponen para el permiso de residencia por reagrupamiento de un familiar

... ..

*Si ello es así, deberá concluirse que propiamente **la decisión** en ese procedimiento jurídico de disolución del anterior matrimonio **no es la que se pretende ejecutar en España**, sino lo requerido es que exista dicha decisión en procedimiento judicial. En suma, que lo que **ha de acreditarse es la prueba de su existencia, no su ejecución**.*

De lo expuesto debe resaltarse que lo procedente, en supuestos como el presente, no es propiamente el reconocimiento y ejecución de una resolución extranjera, que es lo que requiere el procedimiento de exequatur que se regula en los artículos 41 y siguientes de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil; sino acreditar que, conforme al Derecho del País de origen del reagrupante y reagrupada --Marruecos--, el anterior matrimonio de la esposa que

³ En realidad objeto de reconocimiento no son documentos públicos sino resoluciones. Solo en el ámbito de la Unión Europea y del Reglamento 2019/1111, aplicable a partir del 1 de agosto de 2022, su artículo 61.1 habla de reconocer documentos públicos.

pretende obtener la residencia se encuentra disuelto, con la extensión que se requiere en los mencionados preceptos.

*Y es que, como se declara en la oportunamente citada sentencia de esta misma Sala 1893/2016, de 20 de julio, dictada en el recurso de casación 3839/2015 (ECLI:ES:TS:2016:3735), **no puede confundirse "la homologación de un título ejecutivo o sentencia judicial dictada en el extranjero para que produzca efectos en España con la fuerza probatoria de un documento extranjero para acreditar un hecho**, en este caso el matrimonio válidamente celebrado entre la recurrente y el reagrupante". **Lo que debía acreditar la solicitante de la residencia en el presente supuesto, además de otros requisitos, era el hecho de la disolución de su anterior matrimonio, no que dicha resolución surtiera efectos en España. Y esa prueba debía regularse por lo establecido en el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien diferente del juicio de exequatur regulado en la Ley antes mencionada, por remisión de lo establecido en el artículo 523 de la mencionada Ley procesal. De todo lo expuesto ha de concluirse, dando respuesta a la cuestión que suscita interés casacional en el procedente recurso, que el permiso de residencia por reagrupamiento familiar de la esposa de un residente legal en España, no requiere el reconocimiento, mediante el procedimiento de exequatur, de los efectos de la resolución que decretó la disolución de una anterior matrimonio de la esposa en su País de origen, sino la prueba plena, conforme a los requisitos legales, **del documento en que se decretase dicha disolución**; sin perjuicio de los demás requisitos que para dicho reagrupamiento se impone en los preceptos pertinentes de la Legislación de extranjería."***

La distinción que hace la sentencia que cita -núm. 1893/2016, de 20 de julio, de la misma Sala (ECLI:ES:TS:2016:3735)- entre homologación de sentencia y fuerza probatoria de un documento se refiere a un supuesto de hecho muy distinto. Como ella expresa, se aportó una *"sentencia de un juez de Pakistán por la que se trata de acreditar la autenticidad del certificado de matrimonio entre la recurrente y el reagrupante, y de cuya validez dudó la embajada como fundamento de la decisión que denegó el visado. [...] en el supuesto que nos ocupa no se pretendía obtener la ejecución de una sentencia extranjera en España ni su eficacia constitutiva [...] pretendía tan solo acreditar la autenticidad de su certificado de matrimonio en Pakistán, con la finalidad de probar que había contraído un matrimonio válido en dicho país de origen"*. La sentencia pakistaní fue tomada clara y acertadamente como documento probatorio de que el certificado matrimonial base de la petición era auténtico, de lo que dudaba la embajada⁴.

⁴ Sobre la existencia del matrimonio, ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., "La cuestión previa de la existencia de matrimonio", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2013), Vol. 5, Nº 2.

Un matrimonio no es equiparable a un divorcio, aquel no implica ninguna resolución judicial mientras que el divorcio exige una de carácter constitutivo con el efecto de la disolución del vínculo matrimonial, no se admiten los divorcios privados. El artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) es, desde luego, bien diferente del exequátur, como dice la sentencia, pero lo es porque la eficacia probatoria de un documento público está recogida en su artículo 319. En palabras del profesor Garau Sobrino⁵, parafraseando este artículo 319 LEC, *“una resolución extranjera probaría*

- *Su existencia y adopción (“hecho” y “acto” que documenta), fecha en que fue dictada (“fecha en que se produce”), identificación del tribunal extranjero que la ha dictado y de las partes intervinientes (“identidad de los fedatarios y demás personas que intervengan”).*
- *Prueba los hechos en ella recogidos y que han sido apreciados directamente por el órgano jurisdiccional (“estado de cosas” que documenta), como puede ser la rebeldía del demandado, la práctica de pruebas, etc.”*

Quedaría así probado que los cónyuges comparecieron para divorciarse, que se estimó judicialmente el divorcio, así como la falta de convivencia o el hecho que es causa del divorcio. Pero la disolución del vínculo la produce la resolución judicial y como tal resolución precisa el reconocimiento. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, permite la aprobación del divorcio de mutuo acuerdo, cuando no existen hijos menores, por el Letrado de la Administración de Justicia y también por un Notario. La calificación como resolución judicial (sujeta a reconocimiento) o como documento público depende de que nuestra ley atribuya la competencia a órganos judiciales, como ocurre en este caso⁶.

⁵ GARAU SOBRINO, F., “Artículo 42”, en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. y PALAO MORENO, G. (Directores), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil*, Registradores de España y Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 455.

⁶ **“Artículo 11. Inscripción en registros públicos.**

3. *El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones dictadas por los órganos judiciales extranjeros será aplicable a las resoluciones pronunciadas por autoridades no pertenecientes a órganos judiciales extranjeros en materia de jurisdicción voluntaria cuya competencia corresponda, según esta Ley, al conocimiento de órganos judiciales.*

Disposición adicional tercera. Inscripción en los registros públicos de documentos públicos extranjeros.

2. *El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones dictadas por autoridades no judiciales extranjeras será aplicable a las resoluciones pronunciadas por órganos judiciales extranjeros en materias cuya competencia corresponda, según esta ley, al conocimiento de autoridades españolas no judiciales.”*

Sobre este tema, MARTÍN MAZUELOS, F. J., “Reconocimiento de actos extranjeros en materia de jurisdicción voluntaria en la nueva legislación” en *Revista La Ley* número 8629, 21 de octubre de 2015.

No parece muy afortunado decir que lo exigible es “*que exista dicha decisión en procedimiento judicial. En suma, que lo que ha de acreditarse es la prueba de su existencia, no su ejecución*”, la “*prueba plena, conforme a los requisitos legales, del documento en que se decretase dicha disolución*”. Más bien lo que ha de acreditarse es la disolución del vínculo, que el efecto de la resolución en el país de origen debe producirse también en España, dado que el reagrupamiento familiar exige la legalidad del posterior matrimonio que lo justifica. El reconocimiento no es otra cosa: “*En virtud del reconocimiento la resolución extranjera podrá producir en España los mismos efectos que en el Estado de origen*” (artículo 44.3 de la LCJIMC).

El tratamiento como mero documento auténtico elude el control sobre los requisitos que las normas convencionales y nacionales aplicables exigen para el reconocimiento en España de los efectos de la resolución extranjera. No olvidemos que ya el TS denegó el reconocimiento de determinados divorcios marroquíes por no entender cumplidos esos requisitos⁷.

El tratamiento de resoluciones de divorcio extranjeras como medio de prueba nos remonta a tiempos lejanos: como explica el profesor Esplugues Mota⁸, primero en la época preconstitucional se negó toda eficacia al divorcio decretado en el extranjero, pero “*el paso del tiempo y las notables injusticias derivadas de esta rígida aplicación del sistema en su proyección internacional, favorecieron una cierta flexibilización [...] la resolución foránea era tratada como un documento público acreditativo de un determinado estado civil, susceptible —por lo tanto— de generar en España diversos efectos al margen del exequatur*”.

III. El reconocimiento en este supuesto

Ya en época constitucional, el Tribunal Supremo ha otorgado el exequátur a resoluciones de divorcio marroquíes⁹ incluyendo el repudio mediante compensación¹⁰ y actas de divorcio notarial homologadas judicialmente¹¹, a pesar de

⁷ Así, dos autos del TS del 23 de julio de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:812A y ECLI:ES:TS:1996:807A).

⁸ ESPLUGUES MOTA, C., *El divorcio internacional (Jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras)*, Tirant lo Blanch, 2003.

⁹ ATS del 3 de abril de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:990A).

¹⁰ ATS de 8 de junio de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:559A).

¹¹ Por ejemplo dos autos del TS del 17 de septiembre de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:543A y ECLI:ES:TS:1996:1653A). El nuevo Código de Familia marroquí (o *Mudawana*), promulgado el 3 de febrero de 2004, establece que en el divorcio de mutuo acuerdo presentarán este con la demanda y el tribunal, tras un intento de reconciliación, autorizará que se registre y se eleve a público (art. 114) y, si es consensual retribuido y no llegan a acuerdo sobre la contrapartida, la fija el tribunal (art. 120). Puede consultarse texto en francés publicado por el Ministerio de Justicia en http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf, y traducción al español en <http://www.intermigra.info/archivos/CodFamiliaMarruecos.pdf>.

que los artículos 952 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1881 se referían reiteradamente a la ejecución y las ejecutorias, siempre examinando la concurrencia de los requisitos legales, entre ellos la conformidad con el orden público. Solamente en las resoluciones de jurisdicción voluntaria, invocando además la ausencia de cosa juzgada, venía decidiendo que *“desplazan la cuestión de la homologación de los **actos de jurisdicción voluntaria al reconocimiento por vía incidental por el órgano o autoridad ante la cual quieran hacerse valer los particulares efectos que se deriven de él**”* (ATS de 31 de julio de 2003, ECLI:ES:TS:2003:8363A, resaltado añadido)¹².

Otro auto del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:13709A), concede exequátur a un divorcio de mutuo acuerdo dictado por el Notario de la Oficina del Registro Civil de El Cairo¹³, considerando que no es obstáculo para el exequátur que la *“resolución por la que se declare el divorcio (que) no posea carácter estrictamente jurisdiccional, como es el caso, ya que el órgano jurisdiccional interviniente lo hizo en su calidad de encargado del Registro civil y, por lo tanto, en funciones administrativas; de la información sobre el derecho extranjero obtenida en casos similares precedentes (vide ATS de fecha 21-4-1998 y 31-7-2000, entre otros) la Sala tiene la constancia de que semejante forma de divorcio se encuentra prevista en dicha legislación para los divorcios promovidos de común acuerdo entre los cónyuges, y que la actuación del funcionario encargado de la oficina pública se encuentra traída por el ordenamiento de origen, que le atribuye específicas facultades para declarar la disolución del vínculo en tales casos.”*

Tratándose de una resolución marroquí, es de aplicación el Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE de 25 de junio), con preferencia a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (en adelante LCJIMC). El Convenio comprende el reconocimiento, ya que sus artículos 22, 23 y 28 incluyen la “autoridad de cosa juzgada” y el 24 “el registro, la inscripción o la rectificación en registros públicos” (en concordancia con el actual artículo 521 LEC). Establece en los artículos 23 y 28 unos requisitos, que debe examinar el tribunal competente de oficio haciéndolo constar en su resolución conforme al artículo 26. Aun si se entendiera que no contiene una remisión expresa a un procedimiento para el reconocimiento, solo

¹² En la reforma operada por Ley 62/2003 de 30 de diciembre (para atribuir competencias a los Juzgados de Primera Instancia en lugar de al Tribunal Supremo) se introduce ya la disyuntiva “reconocimiento o ejecución” en el párrafo primero del art. 955.

¹³ En el mismo sentido se pronunció un ATS de 3 de junio de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:5823A) respecto a divorcio declarado por funcionario encargado del Registro Civil en Méjico, al igual que otro de 27 de julio de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:9753A) sobre escritura otorgada ante notario cubano.

significaría una laguna completada por la jurisprudencia y actualmente por la LCJIMC¹⁴.

El artículo 25 del Convenio hispano-marroquí remite, para solicitar la ejecución (propia o impropia, en el sentido amplio en que se viene entendiendo), al procedimiento de “la Ley del Estado en que se requiera la ejecución”. En la actualidad la ley a aplicar es la LCJIMC, que contempla dos cauces procesales: el del artículo 54 para el reconocimiento a título principal (art. 42) y el del artículo 44.2 para el incidental.

Nos dice la LCJIMC en su artículo 44.2: *“Cuando el reconocimiento de una resolución extranjera se plantee de forma incidental en un procedimiento judicial, el juez que conozca del mismo deberá pronunciarse respecto a dicho reconocimiento en el seno de cada procedimiento judicial según lo dispuesto en las leyes procesales. La eficacia del reconocimiento incidental quedará limitada a lo resuelto en el proceso principal y no impedirá que se solicite el exequátur de la resolución extranjera.”*

El Tribunal, a mi entender, podría haber alcanzado el mismo resultado, de forma más simple y correcta, admitiendo que la Administración -y él mismo en vía de recurso- podía examinar la concurrencia de esos requisitos, porque la LCJIMC contempla situaciones en las que se tiene en cuenta una resolución extranjera por el hecho de que sea susceptible de ser reconocida en España aunque no lo haya sido (artículos 39.1.b y 46.1.e). También procedimientos administrativos como los registrales, directamente en su artículo 59 (para inscripciones en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles) y por remisiones en su disposición adicional primera a la Ley de Registro Civil (artículo 96.2.2º LRC) y a la Ley de Jurisdicción Voluntaria (artículos 12.2 y 11.1). En el ámbito de la Unión Europea, la presentación de resoluciones ante cualquier autoridad está contemplada expresamente en los Reglamentos Bruselas I bis¹⁵ y Bruselas II ter¹⁶. Y, sobre todo, la LCJIMC prevé el reconocimiento incidental dentro del mismo procedimiento judicial en el citado artículo 44.

¹⁴ Sobre el reconocimiento “automático” en este Convenio, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P, “Tratamiento procesal del reconocimiento de resoluciones extranjeras en la práctica de las autoridades españolas” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 16, 2008, Notas 9 y 26 especialmente.

¹⁵ Artículos 37.2 y 38 del Reglamento (UE) No 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición).

¹⁶ Artículo 31.2 del Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida).

IV. El auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa núm. 89/2021, de 11 de junio¹⁷: la excepción de cosa juzgada

Uno de los cónyuges demanda el divorcio en España. El otro opone la excepción de cosa juzgada y aporta copia auténtica de la resolución. Archivado el asunto por el Juzgado, razona el auto de la Audiencia que, “no habiéndose declarado la ejecutividad en España de la citada sentencia, procedía rechazar la excepción de cosa juzgada”. En realidad el motivo de recurso era que no se había presentado copia certificada de la notificación (de la demanda) a la otra parte, declarada en rebeldía, ni la notificación de la resolución, ni certificación haciendo constar que la resolución no había sido objeto de recurso, requisitos exigidos por los apartados 2, 3 y 4 del artículo 28 del Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997. El auto va más allá y examina de oficio la cuestión por ser de naturaleza procesal¹⁸.

En el mismo sentido se había pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona en auto de 1 de julio de 2020 (citado por el anterior)¹⁹, así como otras anteriormente²⁰.

Parece dejarse en indefensión a la parte que alega la existencia de una sentencia previa. Normalmente, la demanda de exequátur la presenta la parte interesada cuando tiene necesidad de hacer valer los efectos de una sentencia extranjera. Esa necesidad surge, en estos casos, a raíz de la demanda de divorcio presentada ante el tribunal español por la parte contraria, para impedir que prosiga y prospere este segundo procedimiento con el mismo objeto. Nuestra LEC no prevé la suspensión de este último procedimiento²¹, de manera que proseguirá, como ordena el auto de la Audiencia, dictándose sentencia que -esta sí- adquirirá autoridad de cosa juzgada.

Anteriormente había dejado escrito sobre la aportación de una resolución extranjera: “Su pretensión [de la parte] no es el reconocimiento de la resolución que presenta con la demanda o contestación sino que la demanda se estime (si es el

¹⁷ AAP Guipúzcoa, Sección 2ª, núm. 89/2021, de 11 de junio (ECLI:ES:APSS:2021:701A).

¹⁸ Olvidemos ahora que la sentencia marroquí fue dictada después de iniciarse el procedimiento en España, si podría haberse alegado litispendencia internacional, y si esta o el propio reconocimiento no debían prosperar por competencia exorbitante del tribunal marroquí (arts.39.1 y 46.1.c LCJIMC), circunstancia esta última también alegada por la parte apelante.

¹⁹ AAP Barcelona, Sección 18, núm. 262/2020, de 1 de julio (ECLI:ES:APB:2020:5475A).

²⁰ VALVERDE MARTÍNEZ, M. J., “Sentencia de divorcio marroquí, reconocimiento y cosa juzgada. Comentario al auto AP de Barcelona 1 de julio 2020”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, pp. 1113-1122, que considera acertada esa conclusión y cita autos de otras Audiencias en igual sentido.

²¹ No cabría acudir al artículo 43 LEC, ya que este requiere que el otro proceso esté pendiente, que el exequátur esté iniciado cuando se opone la cosa juzgada.

demandante) o que se desestime en el fondo o en la instancia (si es el demandado). No creo que ningún juez se plantee, en ausencia de tal petición, ignorar la resolución presentada, no tenerla en cuenta a la hora de resolver, porque no se haya pedido su reconocimiento”²². Veo que estaba equivocado²³.

La posibilidad de reconocimiento en un procedimiento iniciado es lo que se desconoce cuando viene a exigirse una previa declaración de ejecutividad, mediante un procedimiento autónomo de exequátur, de la resolución que aporta una de las partes para fundar su pretensión principal. Como expresa el profesor Garau Sobrino: *“Con el reconocimiento a título incidental se pretende que, durante la sustanciación de un proceso en España, se pueda hacer valer en él una resolución extranjera no reconocida; por ejemplo, para excepcionar cosa juzgada”²⁴.*

De hecho, el supuesto prototípico del reconocimiento incidental es la oposición de la cosa juzgada dentro de un procedimiento judicial²⁵, y así aparece definido en el “Diccionario panhispánico del español jurídico”²⁶.

La LEC dispone que se decida sobre la excepción de cosa juzgada en la audiencia previa, bien en el acto (artículo 421.2), bien dentro de los cinco días siguientes cuando la dificultad o complejidad de la cuestión lo aconseje, tras las actuaciones oportunas si fuese necesario resolver sobre alguna cuestión de hecho (artículo

²² MARTÍN MAZUELOS, F. J., “Artículo 36”, en IGLESIAS BUIGES, J. L. y PALAO MORENO, G. (Directores), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas. Comentarios a los Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y 2016/1106*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 389.

²³ En el mismo sentido:

GASCÓN INCHAUSTI, F.: “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, apdo. 27, p. 166:

“si el demandado considera que el proceso incoado ante un tribunal español tiene un objeto idéntico a otro ya resuelto definitivamente por un tribunal estadounidense, habrá de limitarse a alegar la excepción de cosa juzgada conforme a las normas procesales ordinarias (es decir, en su contestación a la demanda)”.

GARCIMARTÍN, F., “Lecciones: reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en España”, *Almacén de Derecho*, septiembre de 2015:

“Así, por ejemplo, imaginemos que se utiliza la sentencia extranjera para fundamentar una excepción de cosa juzgada. A partir de aquí caben dos opciones. (1) Si el juez concluye que no se da ninguna de las causas de denegación del reconocimiento, la excepción prosperará y dictará auto de sobreseimiento del proceso principal”.

²⁴ GARAU SOBRINO, F., “Artículo 44”, en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. y PALAO MORENO, G. (Directores), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil*, Registradores de España y Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 480.

²⁵ MARTÍN MAZUELOS, F. J., “El reconocimiento incidental, su delimitación y procedimiento”, *Millennium DiPr* núm. 6, 2018, p. 111.

²⁶ <https://dpej.rae.es/lema/reconocimiento-incidental>.

421.3). Estas actuaciones consistirán esencialmente en la aportación documental. Dentro de un procedimiento de divorcio, en que no existe audiencia previa sino que se cita a la vista tras la contestación (artículos 770 y 440 LEC), en ella debe resolverse sobre las cuestiones procesales, como es la cosa juzgada. Señalada en la LEC una tramitación específica para la excepción de cosa juzgada, a ella deberá acudir conforme a su artículo 388 para resolver este incidente, de previo pronunciamiento en cuanto impide la continuación del juicio (artículo 390 LEC).

Cuando es la parte demandada la que presenta la resolución extranjera, el plazo seguramente resultará insuficiente para suplir la omisión de documentos que se vengán a exigir. Igual que nuestro legislador se ha apresurado a resolver la delicada cuestión de la atribución, convivencia y necesidades de los animales de compañía en caso de divorcio (artículos 771.2 y 774.4 LEC reformados por Ley 17/2021), quizás podría darle a la presentación de una resolución extranjera por parte del demandado el mismo trámite que a la reconvencción (artículos 407.2 y 438.2 LEC), dando oportunidad al actor de alegar motivos para denegar su reconocimiento y al presentante tiempo para organizar su defensa, en asuntos que afectan a relaciones personales.

Recién publicada la LCJIMC, el Tribunal Supremo contempló el reconocimiento incidental que ha introducido la nueva ley, en contraste con la legislación anterior, aunque en el caso no era aplicable dada la fecha del procedimiento y se habría igualmente denegado por no haberse respetado el derecho de defensa²⁷.

Con posterioridad al auto citado de 1 de julio de 2020, la misma sección 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona ha dictado otro el 16 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:367A), revocando el del Juzgado que exigía el exequátur. Declara con toda corrección que *“la obtención del exequátur del divorcio es innecesaria porque se trata de una sentencia meramente declarativa en la medida*

²⁷ STS núm. 625/2015, del 26 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:5153): “4. En consecuencia, el reconocimiento de esta sentencia extranjera en nuestro país habría requerido acudir al procedimiento de exequátur regulado en los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vigente en el momento de los hechos, y regulado en la actualidad en la ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, que entró en vigor el 30 de agosto de 2015, en la que **se permite el reconocimiento incidental, no previsto en la regulación anterior**, con efectos limitados al pleito principal (artículo 44.2.1). 5.- El cualquier caso, la sentencia moldava no se hubiera podido reconocer en nuestro país por infringir el orden público procesal al no haberse respetado los derechos de defensa de la demandada, por cuanto la resolución fue dictada en rebeldía de la demandada a la que no se entregó cédula de emplazamiento o documento equivalente”.

*en que su fallo se limita a declarar disuelto el matrimonio (art. 521 LEC). Nos basta pues a estos efectos con el reconocimiento incidental de la sentencia de divorcio*²⁸.

V. Conclusión

Se detecta un rechazo por parte de los tribunales hacia la aplicación del reconocimiento incidental previsto en la LCJIMC, mediante interpretaciones forzadas que pueden llevar a una denegación de justicia, influidas quizás por una inercia procedente de la anterior normativa. Sin embargo, es un instrumento muy útil y práctico para que una resolución declarativa o constitutiva extranjera produzca efectos en el propio procedimiento. No significa más que un control, de oficio o a instancia de parte, de que no existen motivos formales o procesales que se opongan a su reconocimiento. La LCJIMC deja abierta la vía procesal para hacerlo, lo que lejos de ser un obstáculo a la actuación judicial la facilita, pues siempre que se cumplan los principios de audiencia y contradicción no cabrá dudar de su validez. Es de esperar que, como ha ocurrido en la Audiencia Provincial de Barcelona, se vaya abriendo paso esta nueva figura en el ámbito de la LCJIMC.

Bibliografía

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “La cuestión previa de la existencia de matrimonio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2013), Vol. 5, Nº 2

ESPLUGUES MOTA, C., *El divorcio internacional (Jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras)*, Tirant lo Blanch, 2003

GARAU SOBRINO, F., “Artículo 42”, en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. y PALAO MORENO, G. (Directores), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil*, Registradores de España y Tirant lo Blanch, Valencia 2017

GARAU SOBRINO, F., “Artículo 44”, en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. y PALAO MORENO, G. (Directores), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil*, Registradores de España y Tirant lo Blanch, Valencia 2017

GARCIMARTÍN, F., “Lecciones: reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en España”, *Almacén de Derecho*, septiembre de 2015

²⁸ La cosa juzgada no se alegaba aquí como excepción, con efecto preclusivo, sino como prejudicial, sobre la liquidación de los bienes del matrimonio que era el objeto del pleito.

GASCÓN INCHAUSTI, F.: “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2

MARTÍN MAZUELOS, F. J., “Artículo 36”, en IGLESIAS BUIGES, J. L. y PALAO MORENO, G. (Directores), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas. Comentarios a los Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y 2016/1106*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019

MARTÍN MAZUELOS, F. J., “El reconocimiento incidental, su delimitación y procedimiento”, *Millenium DiPr* núm. 6, 2018

MARTÍN MAZUELOS, F. J., “Reconocimiento de actos extranjeros en materia de jurisdicción voluntaria en la nueva legislación” en *Revista La Ley* número 8629, 21 de octubre de 2015

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P, “Tratamiento procesal del reconocimiento de resoluciones extranjeras en la práctica de las autoridades españolas” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 16, 2008

VALVERDE MARTÍNEZ, M. J., “Sentencia de divorcio marroquí, reconocimiento y cosa juzgada. Comentario al auto AP de Barcelona 1 de julio 2020”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, pp. 1113-1122