



Roj: **AAP SS 120/2018 - ECLI:ES:APSS:2018:120A**

Id Cendoj: **20069370022018200041**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **2**

Fecha: **09/03/2018**

Nº de Recurso: **2570/2017**

Nº de Resolución: **34/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IÑIGO FRANCISCO SUAREZ ODRIOZOLA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA

GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN SEKZIOA

SAN MARTIN 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000712

Fax / Faxes: 943-000701

NIG PV / IZO EAE: 20.05.2-17/010118

NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.42.1-2017/0010118

Recurso de apelación / Apelazioko errekurtsua 2570/2017 - C

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Donostia / Donostiako Lehen Auzialdiko 3 zk.ko Epaitegia

Autos de Exequátur 425/2017 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Jose Carlos

Procurador/a/ Prokuradorea:FRANCISCA MARTINEZ DEL VALLE

Abogado/a / Abokatua: LUIS MARIA PEREZ DE CIRIZA ORTEGA

Recurrido/a / Errekurritua: MINISTERIO FISCAL

A U T O nº 34/2018 **T T R** IBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO/A SR/SRA PRESIDENTE/A : D/Dª YOLANDA DOMÉÑO NIETO

MAGISTRADO/A : D/Dª LUIS BLANQUEZ PERERZ

MAGISTRADO/A : D/Dª IÑIGO SUAREZ DE ODRIOZOLA

LUGAR : DONOSTIA / SAN SEBASTIAN

FECHA : Nueve de marzo de dos mil dieciocho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 e San Sebastián, se dictó auto de fecha 27 de noviembre de 2017 , cuya parte dispositiva dice así:

1.- SE DESESTIMA la demanda de exequatur presentada por la Procuradora Sra. MARTINEZ DEL VALLE, en nombre y representación de Jose Carlos , denegando el reconocimiento por este juzgado de la resolución extranjera dictada con fecha 25 de abril de 2016, en proceso de divorcio, por la Corte Jaafarita Religiosa de SAIDA (Líbano).



2.- Devuélvase la documentación aportada a la parte solicitante, firme que sea la presente resolución.

3.- Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y partes personadas ."

SEGUNDO.- Por la representación procesal de Jose Carlos se ha interpuesto recurso de apelación contra el auto de fecha 27 de Abril de 2.017, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Sebastián . Tras la admisión de dicho recurso, se elevaron los autos a este Tribunal, señalándose día para Votación y Fallo el 5 de abril de 2018.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido todas las formalidades prescritas en la ley.

CUARTO.- Ha sido Ponente en esta instancia el Ilmo. Sr. Magistrado D. IÑIGO SUAREZ DE ODRIOZOLA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

Antecedentes y recurso de apelación.-

(1)D. Jose Carlos presenta demanda de exequatur para el reconocimiento de sentencia extranjera dictada en proceso de divorcio de fecha 25 de Abril de 205 por el Tribunal Corte Jaafarita Religioso de Saida (Libano) solicitando acumuladamente su ejecución.

Se destaca de la demanda :

-El demandante y su esposa Dña. Mariana contrajeron matrimonio el día 24 de febrero de 2004 en Saida (Libano).

Ello se acredita en el Registro Civil Central Español al Tomo NUM000 , página NUM001 de la seccion NUM005

Obtuvieron la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal Corte Religiosa Jaafarita Sharia de Saida con fecha 25 de Abril de 2016 número de base NUM002 y número de registro NUM003 que confirmaba un divorcio compensatorio de los cónyuge siendo el Tribunal Religioso Jaafarita la única autoridad judicial en temas de familia del Libano.

La resolución de divorcio compensatorio confirmando el acuerdo de 18 de abril de 2016 cumple con la sharia usulmana y es irrevocable .

-El demandante ostenta la **nacionalidad** española y ha acompañado con la demanda de exequatur :

Testimonio de la resolución judicial del Tribunal de Jaifa traducida, autenticada la firme de traductor por el Notario de Beirouth y legalizada por el Ministerios de Affaires Etrangeres del Libano contando con la legalización Apostilla de la Embajada en España de Beyrouth y con los sellos y firmas del Tribunal que dictó la resolución.

Asímismo se acompaña el certificado de divorcio (documento número 3).

La sentencia de divorcio está inscrita en el Registro Civil de Saida con fecha 14 de Mayo de 2016 como ejecución número NUM004 y expediente número NUM002 / NUM003 .

-No existe tratado entre España y el Libano en materia de ejecucion y reconocimiento de sentencia por lo que debe de aplicarse lo previsto en el Título V de la Ley 29/2015 de 30 de Julio de Cooperacion Juridica Internacional en materia civil.

(2)Se ha dictado Decreto de 19 de Octubre de 2017 por el Juzgado de Primera instancia número 3 de Donostia-San Sebastian admitiendo a trámite la demanda de exequatur presentada.

(3)El Ministerio Fiscal mediante escrito de fecha 24 de Octubre de 2017 no se ha opuesto al reconocimiento y ejecución en España de la resolución presentada.

(4)Se ha dictado Auto de fecha 7 de Noviembre de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Donostia-San Sebastian desestimando la demanda de exequatur .

(5)Frente a la citada resolución la representación procesal de D. Jose Carlos ha interpuesto recurso de apelación alegando, en esencia, lo siguiente :

-No es motivo para el pronunciamiento denegatorio del Juzgado de Instancia que la resolución haya sido dictada por un Tribunal religioso cuando este Tribunal es el único competente para ello .Lo determinante



es que la resolución no violente los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizadas constitucionalmente.

-En nuestro caso la sentencia reconoce el divorcio entre ambos cónyuges , avalando un acuerdo previo entre éstos para lo que acudieron al Tribunal Religioso Jaafarita único en Libano para la tramitación y resolución de procedimientos como el actual para las personas de la misma religió que el demandante.

-El Ministerio Fiscal no se opuso a la petición de exequatur .Asímismo tanto el demandante de exequatur como sus dos hijos , Teofilo y Abelardo , son españoles.

Se ha postulado en el SUPPLICO el dictado de una resolución por la que se revocara el Auto recurrido y, en su lugar, decretara el exequatur con las consecuencias de mandar proceder a su ejecución y el libramiento de los correspondientes despachos para la inscripción del divorcio de Libano en el Registro Civil.

El Ministerio Fiscal se ha opuesto al recurso de apelación mediante escrito de 13 de Diciembre de 2017.

SEGUNDO.-

Examen del recurso de apelación.

(1)No existe entre Libano y España convenio bilateral en la materia que ahora nos ocupa, ni han suscrito ni ratificado ambos Estados ningún Convenio internacional que la regule.

En consecuencia habrá de estarse a lo regulado en la Ley 29/2015 de 30 de Julio de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras cuya vigencia es desde el 20-8-2015 y ello por aplicación de la Disposición Transitoria Única apartada 3 de la citada Ley que establece :

"3, El título V se aplicará a las demandas de exequátur que se presenten ante los órganos jurisdiccionales españoles con posterioridad a la entrada en vigor de la ley, con independencia de la fecha en que se hubiese dictado la resolución extranjera".

Ocurriendo que la vigencia de la Ley 29/2015, como se ha indicado, es de 20-8-2015, y la demanda en solicitud de exequatur se presentó en decanato el 29-9-2017.

(2) La naturaleza estrictamente procesal de este procedimiento, encaminado al desarrollo de una función meramente homologadora de los efectos de la decisión por reconocer, no permite la revisión del fondo del asunto mas que en la medida indispensable para asegurar el respeto a los principios esenciales de nuestro ordenamiento que conforman el concepto de orden público en sentido internacional, criterio éste consagrado por el Tribunal Constitucional (SSTC 54/89 (EDJ1989/2014) y 132/91 (EDJ1991/6449). El Alto Tribunal ha precisado asimismo, que el concepto del orden público del foro, como límite al reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras, ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1.978, en el que, sin discusión, penetra el conjunto de principios que inspiran nuestro ordenamiento constitucional y entre ellos, muy especialmente, los derechos fundamentales y libertades públicas, adquiriendo así un contenido peculiar impregnado por las exigencias de la Constitución y, en particular, por las exigencias que impone el art. 24 CE (EDL1978/3879) (SSTC 43/86 (EDJ1986/43) , 54/98 (EDJ1998/2158) y 132/91 (EDJ1991/6449) ; AATC (3)Destacamos los siguientes preceptos de la Ley 29/2015 de 30 de Julio:

-Artículo 43.definiciones.

"A los efectos de este título se entenderá por:

a) Resolución: cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado, con independencia de su denominación, incluida la resolución por la cual el secretario judicial o autoridad similar liquide las costas del proceso.

b) Resolución firme: aquella contra la que no cabe recurso en el Estado de origen.

c) Órgano jurisdiccional: toda autoridad judicial o toda autoridad que tenga atribuciones análogas a las de las autoridades judiciales de un Estado, con competencia en las materias propias de esta ley.

(-)."

-Artículo 46.Causas de denegación de reconocimiento .

"1. Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán:

a) Cuando fueran contrarias al orden público.

b) Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción



de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse.

c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española.

d) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España.

e) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.

f) Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero.

2. Las transacciones judiciales extranjeras no se reconocerán cuando fueran contrarias al orden público".

(4)Fondo : examen del supuesto actual.

El Tribunal Corte Jaafarita religioso de Saida (Libano) es la única autoridad judicial en el Libano en temas de familia por lo que se entiende que el citado Tribunal es un órgano jurisdiccional en el sentido propuesto en el artículo 43 c) de la Ley 29/2015 .

El documento número 2 acompañado a la demanda es una resolución en la que el Tribunal declara el divorcio y , asimismo, define los derechos y las obligaciones de las partes contendientes,a consecuencia de su nueva situación.

La resolución de fecha 25 de Abril de 2016 confirmó el acuerdo o contrato de divorcio entre los cónyuges y es firme en la medida que consta al pie de la resolución " este divorcio (-.) es irrevocable sin un nuevo contrato ".

La resolución de fecha 25 de Abril de 2016 no ha sido dictada en rebeldía actuando ambos conyuges actuaron de mutuo acuerdo y asistidos por el mismo Letrado por lo que no se ha vulnerado el derecho de Defensa.

El Art 49 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional 29/2015 de 30 de julio , que establece que "Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre varias pretensiones y no pudiese reconocerse la totalidad del fallo, se podrá conceder el reconocimiento para uno o varios de los pronunciamientos."

Asimismo se prevé esta posibilidad en el art 777.7 LEC .

Examinando los pactos recogidos en la sentencia firme el Tribunal entiende que no son susceptibles de homologación judicial por ir en contra del orden público español los siguientes :

1º "La tutela de los dos hijos del matrimonio , Teofilo y Abelardo , corresponde al padre , por prescripción de la sharia musulmana ".

El contenido del pacto a) se fundamenta en la sharia y recoge una medida derivada del divorcio (tutela de los menores para el padre) que no se adecua al ordenamiento jurídico interno .

Por lo que el pacto es contrario al orden publico concepto este comprensivo de los principios jurídicos y derechos constitucionalmente consagrados (SSTC 54/89 EDJ 1989/2014 y 132/91 EDJ 1991/6449 , entre otras)

2º"Si la madre divorciada se casa , no tiene derecho a vivir con su esposo en la casa donde vive con sus hijos ubicada en DIRECCION000 ".

El uso de la vivienda está directamente vinculado al interés de los hijos habidos en el matrimonio interés éste , el de los hijos , que es superior y especialmente protegido en el ordenamiento español.Por lo que el lugar de residencia de los menores no puede estar supeditada a una eventual futuro matrimonio de su madre.

El interés superior de los menores se encuentra consagrado en los arts. 92 , 96 y 103, entre otros, del Código Civil y diversos Convenios y Tratados Internacionales, como La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de Noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo (Resolución A3-0772/92), o el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, de 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014, así como en los arts. 2 y 11.2 a) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero 1996 de Protección Jurídica del Menor , modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio.



3º "No se especifica la pensión alimenticia a satisfacer por el padre a los niños , que al parecer será fijada por el Abogado del esposo , el Dr. Ahmmad Amin Kheireddine ".

El pacto es igualmente contrario al orden público español. La pensión alimenticia se fija de mutuo acuerdo entre los cónyuges o por el Organo jurisdiccional en ningun caso es aceptable la fijacion por el letrado de una de las partes litigantes.

4º(...)Y la esposa divorciada prometió irrevocablemente no presentar una futura demanda para prohibir el viaje del marido divorciado por cualquier razón ".

Tras el control de orden público español no puede admitirse la renuncia al ejercicio futuro de acciones legales por suponer una restricción de los derechos jurídico / procesales de un sujeto de derecho.

5º "Es irrevocable (el divorcio) sin un nuevo contrato ".

La necesidad de un nuevo contrato entre los cónyuges para modificar los términos del divorcio contraviene el derecho que confiere el ordenamiento español (artículo 775 de la LEC) a cualquiera de los conyuges de poder presentar una demanda judicial de modificacion de medidas definitivas acordadas en la resolución decretando el divorcio. sin estar condicionada esta posibilidad legal al acuerdo o contrato previo entre los cónyuges.

Conclusion del Tribunal :

Procede aprobar el pronunciamiento principal de divorcio y los pactos del convenio con excepción de los entrecorillados 1º,2º,3º,4º y 5º pues así lo permite el Art 49 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional 29/2015 de 30 de julio .

TERCERO.-

No procede eefctuar expreso pronunciamiento en materia de costas causadas en el recurso de apelación vista la estimación (artículo 398.2 de la LEC).

PARTE DISPOSITIVA

Otorgamos exequatur a la sentencia de divorcio entre D. Jose Carlos y Dña. Mariana dictada en proceso de divorcio de fecha 25 de Abril de 205 por el Tribunal Corte Jaafarita Religioso de Saida (Libano)así como el convenio que se aprueba por aquella resolución, a excepcion de los siguientes pactos :

-El pacto "La tutela de los dos hijos del matrimonio , Teofilo y Abelardo , corresponde al padre , por prescripción de la sharia musulmana ".

-El pacto "Si la madre divorciada se casa , no tiene derecho a vivir con su esposo en la casa donde vive con sus hijos ubicada en DIRECCION000 ".

-El pacto en el que no se especifica la pensión alimenticia a satisfacer por el padre a los niños,que al parecer será fijada por el Abogado del esposo, el Dr.Ahmmad Amin Kheireddine .

-El pacto "Y la esposa divorciada prometió irrevocablemente no presentar una futura demanda para prohibir el viaje del marido divorciado por cualquier razón "

-El pacto "Este divorcio (...) es irrevocable sin un nuevo contrato ".

Lo acuerdan y firman Sus Señorías. Doy fe.