

NOTA DE JURISPRUDENCIA

MATRIMONIO: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Legislación aplicable: divorcio: a instancias de uno de los cónyuges con el consentimiento del otro: nacionalidad marroquí y residencia en España (SS AP Almería, 28.6.2004 y AP y Cuenca 26.2 2004)

ANA PALOMA ABARCA JUNCO /MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA*

Revista Española de Derecho Internacional (REDI)

Vol. LVI, 2004(2), pp. 918-924

ISSN: 0034-9380

*Profesora Titular de Derecho internacional privado

Facultad de Derecho

Universidad Nacional de Educación a Distancia

E- 28040 MADRID

mvargas@der.uned.es

Documento depositado en el repositorio institucional [e-Spacio UNED](#)



MATRIMONIO: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: legislación aplicable: divorcio: a instancias de uno de los cónyuges con el consentimiento del otro: nacionalidad marroquí y residencia en España: imposibilidad de fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del derecho extranjero: se ha de juzgar y fallar según el derecho patrio.

Preceptos aplicados: CODIGO CIVIL. Art. 107.

Supuesto 1.

Fundamentos de Derecho

SEGUNDO (...) de lo actuado en la litis se deduce que los dos integrantes de la pareja son de nacionalidad marroquí y que contrajeron matrimonio religioso bajo el rito islámico en Almería el 1 de noviembre de 1995. En consecuencia, conforme a lo establecido en el artículo 107 del Código Civil en la redacción vigente durante la sustanciación de la anterior instancia de este proceso (...), la normativa sustantiva aplicable para regular su separación matrimonial sería la propia de Marruecos, ya que ambos son nacionales de dicho país. Sin embargo, como señala la sentencia recurrida ninguna prueba se ha propuesto en orden a demostrar el contenido de la Ley marroquí y su vigencia, como exige el art. 281.2 de la LECiv (...). Ahora bien, la solución jurídica adecuada a esta falta de prueba sobre la Ley nacional común de los cónyuges extranjeros no puede ser la adoptada por el Juzgador “a quo”, de cuyo criterio discrepa esta Sala, toda vez que en casos como el presente en que se desconoce el contenido del derecho extranjero cuya aplicación se invoca, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es pacífica en cuanto a la aplicación de la normativa española, al decir que la aplicación del derecho extranjero es una cuestión de hecho y como tal ha de ser probada por la parte que lo invoca, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los tribunales españoles. Cuando a éstos no les es posible fundar con seguridad absoluta la aplicación del derecho extranjero, juzgarán conforme al derecho español (...) A pesar de que por esta vía se pueda incurrir en el riesgo de dejar a la elección de las partes la cuestión de la Ley aplicable (puede no interesarles alegar el derecho extranjero designado por la norma de conflicto, prefiriendo, en cambio, la lex fori), según el Tribunal Constitucional la doctrina jurisprudencial de que en defecto de prueba del derecho extranjero debe estarse al Derecho español es más respetuosa con el contenido del art. 24.1 de la Constitución española (...) que la solución adoptada por la sentencia recurrida de tener por decaída la demanda, “dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige” (STC 155/2001, de 2 de julio [RTC 2001\155]).

TERCERO Por todo ello, y en aras a procurar una tutela judicial efectiva de los intereses en juego (art. 24 Constitución Española, evitando la indefensión, y procurando proteger el interés superior, fundamental y básico, del menor y la solución

del caso concreto procede, con estimación del recurso, revocar la sentencia de instancia, acogiendo en su lugar la petición hecha por ambos esposos, que coinciden en solicitar el divorcio, (...).

CUARTO (...) a mayor abundamiento, la reforma introducida en el Código Civil (...) por Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre (RCL 2003\2332) aboca a la misma conclusión por cuanto el art. 107 en su nueva redacción establece en el apartado 2, letra b), que “en todo caso, se aplicará la Ley española cuando uno de los cónyuges...resida habitualmente en España, si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro”, requisitos plenamente concurrentes en el presente caso pues ambos cónyuges tienen su domicilio habitual en este país y la demanda de divorcio se interpuso por la esposa con el consentimiento de su marido (...) y si bien es cierto que dicha norma se introdujo en nuestro Ordenamiento Jurídico con posterioridad a la sentencia dictada en primera instancia, carece de sentido desde el punto de vista de la economía procesal y de la propia justicia material, máxime existiendo un hijo de corta edad cuyos superiores intereses son dignos de una tutela rápida y eficaz, remitir las partes a un nuevo proceso civil en el que se llegaría a un resultado idéntico al que aquí se persigue y en el que ya no habría necesidad de probar la Ley nacional común de los cónyuges al regirse el divorcio de mutuo acuerdo por la Ley material española, a tenor del vigente art. 107.2.b) del CC.

[Sentencia Audiencia Provincial Almería núm. 159/2004 (Sección 3ª), de 28 junio. Recurso de Apelación núm. 91/2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Martínez Abad.]

F.: Aranzadi Westlaw, AC 2004\1440.

MATRIMONIO: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: LEGISLACION APLICABLE: separación: legislación española: ecuatorianos residentes: solicitud por uno con consentimiento del otro: reforma de los artículos 9.2 y 107 CC operada por LO 11/2003, de 29 septiembre.

Preceptos aplicados: CODIGO CIVIL. Art. 107. Art. 9.2.

Supuesto 2.

Fundamentos de Derecho

No se aceptan los que se contienen en la resolución recurrida.

PRIMERO (...) Sin embargo, la juzgadora de instancia desestima la demanda de separación formulada por considerar, en síntesis, que el artículo 9.2 del Código Civil (LEG 1889\27) determina que los efectos del matrimonio se regirán por la Ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo, señalando después que la separación y

el divorcio se regirán por la Ley que determina el artículo 107, precepto que, según se consigna en la sentencia de instancia, establece que la separación y el divorcio se regirán por la Ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda. Así, concluye la juez a quo que teniendo, en este caso, ambos cónyuges la nacionalidad ecuatoriana, resultaría aplicable el derecho material correspondiente a dicha República y no el derecho español, terminando por desestimar sobre esta base la demanda rectora del presente procedimiento (...). Ciertamente, la falta de sistema con que en ocasiones se procede a introducir en nuestro Derecho (importantes) modificaciones legales, sirve para explicar o comprender, el grueso error padecido por la juzgadora de instancia. Así, el artículo 3 de la Ley orgánica de 29 de septiembre de 2003, num. 11/2003 (...) , titulada “medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros”, (...), modifica los artículos 9.2 y 107 del Código Civil, señalándose en el número dos de este último artículo, conforme a su nueva redacción que: En todo caso, se aplicará la Ley española (a la nulidad, separación y divorcio) cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España: a) Si no resulta aplicable ninguna de las Leyes mencionadas (nacionalidad común, residencia común, etc.). b) Si en la demanda presentada ante Tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. c) Si las Leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público. Así las cosas, residiendo la demandante habitualmente en España, incluso con permiso de trabajo y residencia (...), y habiendo interpuesto la demanda, el día 28 de octubre del pasado año, ante un órgano jurisdiccional español, con el consentimiento de su cónyuge, es llano que la Ley aplicable a la separación ha de ser la Ley española, (...).

[Sentencia Audiencia Provincial Cuenca núm. 43/2004 (Sección 1ª), de 26 febrero. Recurso de Apelación núm. 46/2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura].

F.: Aranzadi Westlaw, AC 2004\594.

Nota: 1. *Interés del comentario.* Los antecedentes de hecho de estas dos decisiones nos sitúan en un escenario en el que con claridad se aprecia la conjunción de dos de los factores más significativos con incidencia en la regulación de la llamada *sociedad multicultural* [sobre sus causas próximas y remotas, véase Abarca Junco +P., “La regulación de la sociedad multicultural”, en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (Calvo Caravaca, A.L e Iriarte Ángel, J.L., Dir.), Madrid, 2000, p. 164]. De un lado, la consolidación en nuestro país de una inmigración familiar marcada por la diversidad cultural y la distinta procedencia geográfica de sus actores (Marruecos y Ecuador). De otro, una situación de desencuentro familiar (crisis de familia o conflicto jurídico-familiar) que las partes, según se desprende de los antecedentes fácticos, quieren solventar de acuerdo con el Derecho de familia español.

En el recurso planteado ante la AP de Cuenca, los integrantes de la pareja eran de nacionalidad ecuatoriana, tenían dos hijos menores de edad y estaban plenamente integrados en la sociedad española pues residían, como dice la Sentencia, “habitualmente en España incluso con permiso de trabajo y residencia” (FJ 1). En el supuesto planteado ante la AP de Almería, el matrimonio era de nacionalidad marroquí, tenían un hijo menor de edad y, en relación con el elemento de integración, señala la Sentencia que, además de contar con las autorizaciones de residencia y trabajo pertinentes, “habían contraído matrimonio religioso bajo el rito islámico en Almería el 1 de noviembre de 1995” (FJ 2).

Ambas decisiones tienen en común la estimación por parte de la Audiencia Provincial de sendos recursos de apelación contra sentencias que en la instancia habían desestimado las demandas de divorcio (primer supuesto) y de separación matrimonial (segundo supuesto). En una y otra, el divorcio y/o la separación fue solicitado por la esposa con el consentimiento del marido. Por lo que hace a la revocación de las resoluciones recurridas, las Audiencias respectivas declararon el divorcio y la separación aplicando el derecho español. Sin embargo, pese a la identidad de los Fallos en las sentencias de apelación (aplicación de la legislación española) la *ratio decidendi* es diferente.

En el análisis de esta diferenciación radica, pues, el interés de este comentario. Cabe agregar que —presumiblemente— estemos en presencia de uno de los últimos casos en que la alegación y prueba del derecho extranjero en materia de separación y divorcio se plantee como problema procesal; pues, en efecto, únicamente la cuestión se suscitará cuando una de las partes desee la aplicación del derecho extranjero a su divorcio o separación. En atención a estas consideraciones quedaría justificado el interés del comentario.

2. La razón del distinto enjuiciamiento procesal de los hechos radica, básicamente, en la entrada en vigor del artículo 107 del Código civil (*Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, BOE nº 234, de 30.09.2003 [RCL 2003\2332]), que es aplicado directamente en la Sentencia de la AP de Cuenca y no lo es como precepto que sustente el Fallo en la Sentencia de la AP de Almería. En este segundo caso, el problema (como tantas veces se ha visto) queda circunscrito a la aplicación del derecho extranjero cuando no ha sido alegado o probado por las partes. Repárese que también lo es en la Sentencia de instancia del supuesto planteado en la AP de Cuenca ya que el tribunal *a quo*, al desconocer la reforma sufrida por el artículo 107 C.c. opta por la desestimación de la demanda en base a la no alegación del derecho extranjero. Consecuentemente, y dada la analogía subyacente, las reflexiones que siguen son extrapolables a los dos asuntos.

3. En el tema planteado ante la AP de Almería, la sustanciación en primera instancia lo había sido vigente aún (y aplicable) el antiguo artículo 107 C.c., de modo que la

nacionalidad común de los cónyuges reclamaba la aplicación del derecho marroquí. En la instancia decayó su aplicación y el juzgador *a quo* optó por la desestimación de la demanda señalando que (...) “ninguna prueba se ha propuesto en orden a demostrar el contenido de la ley marroquí y su vigencia, como exige el artículo 281.2 de la LECivil...” (FJ 2), razonamiento que nos sitúa una vez más ante el problema de la aplicación judicial del Derecho extranjero [vid. Azparren Lucas, A., “Nuevas perspectivas del papel del juez frente a la aplicación judicial del Derecho extranjero”, *Problemas actuales de aplicación del DIPr. por los jueces españoles*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998, pp. 199-230]. Ahora bien, la supresión del artículo 12.6 II C.c. y la regulación de esta cuestión en la redacción dada por los artículos 281 y 282 de la LEC 2000, ¿podrían haber cambiado la orientación del Fallo en ese momento? La respuesta dependerá de la interpretación que se otorgue al alcance de estos cambios [entre otros, véase Calvo/Carrascosa, “Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Tribunales de Justicia*, 2000/11, pp. 1155-1170; Garau Sobrino, F., “La prueba del derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *RGD*, 2001, pp. 2343-2366; Virgós/Garcimartín, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, 2000, pp. 374-386].

4. Como es sabido, el artículo 12.6 I C.c. establecía (y establece) que los tribunales y autoridades “aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español”. Frente a este claro precepto, el mismo artículo en su párrafo II era confuso en cuanto a quién correspondía la alegación el derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto. Las discusiones doctrinales sobre su tratamiento [véase la acertada síntesis de Gascón Inchausti, F., *Tribunales de Justicia*, 1997/7, pp. 799-801] y una jurisprudencia vacilante no exenta de importancia [cfr., la completa exégesis de Aguilera Morales, M., *Tribunales de Justicia*, 2002/4, pp. 53-55] dejaban abiertas, todavía, más cuestiones. Cabe señalar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con excepción de su Sala de lo Social que ha creado una nueva doctrina [vid., Abarca Junco/Gómez Jene, “Alegación y prueba del derecho extranjero en el procedimiento laboral: A propósito de la STS (Sala de los Social) de 22 de mayo de 2001, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Núm. 119, 2003, pp. 713-737], interpretaba restrictivamente la norma, confirmando el sistema de aplicación del Derecho extranjero a instancia de parte y el tratamiento del Derecho extranjero como un hecho procesal. Sobre este punto, todavía hoy, el confuso marco legal anterior no ha mejorado sustancialmente, pues, pese a la derogación del párrafo II del artículo 12.6 C.c. y al tenor de los dos preceptos de la LEC (arts. 281 y 282), la discusión doctrinal sobre la dimensión del cambio sigue viva y la interpretación judicial continúa anclada en una interpretación poco propicia a activar la colaboración del juzgador en la iniciativa probatoria [salvo positivas excepciones como ha hecho notar Palao Moreno en Nota a la Sentencia de la AP Madrid, de 28 de septiembre de 2000 (vid., *REDI*, vol. LIII (2001), pp. 29-36)].

5. El artículo 281.2. LEC establece que “El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”. Y, en cuanto a la iniciativa de la

actividad probatoria, el artículo 282 LEC dispone que “Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, *cuando así lo establezca la ley*”. De acuerdo con estos preceptos —que regulan la carga de la prueba del derecho extranjero y en los que se distingue entre prueba de los hechos (apartado 1) y prueba del derecho extranjero (apartado 2)—, las partes no son las únicas encargadas de la alegación y prueba de éste (a diferencia de la redacción anterior del artículo 12.6 II C.c. según el cual era la parte que alegaba el derecho extranjero quien debía probarlo). Ahora bien, la *remisión a la ley* que establece el artículo 282 en su última frase —entendiendo por ley el artículo 281 citado— puede suponer un giro sustancial en el régimen de prueba de todos aquellos procesos en los que se suscite la cuestión de la aplicación del derecho extranjero, siendo posible admitir, en principio, que la colaboración entre juez y parte (y en este ámbito) ha experimentado un giro que permite (e incluso obliga) al juez a una mayor actividad probatoria. A la misma interpretación puede llegarse, como lo hace Garau Sobrino, desde una lectura conjunta de los artículos 282 y 752 LEC que permitiría decretar (tanto en la instancia como en la apelación) la práctica de las pruebas oportunas de cara a establecer el contenido, la vigencia y la interpretación del ordenamiento jurídico aplicable al caso [véase su Nota a la SAP Baleares núm. 549/2002, de 9.10.2002, en *REDI*, Vol. LV (2003) I, pp. 396-399]. En este sentido, se puede concluir que la actividad probatoria no sólo recae sobre las partes sino que también al juez le incumbe invocar o alegar el derecho extranjero incluso si las partes no lo hubieran hecho.

6. Pues bien, la Sentencia de la AP de Almería no repara en la importancia del artículo 282 LEC que, con el alcance interpretativo indicado, hubiere permitido decretar la práctica de las pruebas oportunas y, obtenidas que fueran, con traslado a las partes para alegar lo que a su derecho conviniera, dictar sentencia. En relación con la doctrina del Tribunal Constitucional conviene recordar que la STC 10/2000, de 17 de enero [RTC 2000\10] ha estimado que la colaboración del juez se convierte de facultativa en obligatoria *únicamente* en algunos casos [*vid.*, Álvarez González, S., “La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional”, *REDI*, vol. LIV (2002) 1, pp. 205-223 y Nota de Carballo Piñeiro, L., *REDI*, vol. LIII (2001), pp. 521-528]. En concreto, cuando el derecho extranjero haya sido introducido por la parte en el proceso y haya sido imposible, por causas ajenas a ella, su prueba; es decir, siempre y que se hayan utilizado todos los medios a su alcance sin éxito. En estos supuestos, el TC entiende que la desestimación de la demanda por causa de prueba insuficiente del derecho extranjero constituye una denegación de justicia si el juzgador no ha procedido a colaborar, frustrando así la práctica de la misma (FJ 4).

7. Pero, si la interpretación anterior de la LEC, en cuanto a la posición del juez, no se admitiera, ¿qué consecuencia se derivaría si la parte que formula la pretensión no alegara el derecho extranjero, aplicable por imperativo de la norma de conflicto, y argumentara en torno al derecho español? La jurisprudencia clásica consiente en la aplicación del derecho español al caso planteado; sin embargo, un sector de la doctrina

se desvincula de esta tradicional solución y —lejos de aplicar subsidiariamente el derecho del foro— sostiene como solución más correcta la desestimación de la demanda por carecer la misma de fundamento (como también sucede en las sentencias de instancia que comentamos); opción ésta coincidente con la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (entre otras, STS 22 de mayo de 2001 [RJ 2001\6477]) así como con algunas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales (entre otras, STSJ Madrid, de 4 de mayo de 2000 y 30 de mayo de 2002 y SAP Valencia, de 3 de febrero de 1999). Frente a la posible objeción de que esta solución (desestimación de la pretensión por ausencia de fundamento) pudiera vulnerar el principio de la tutela judicial efectiva —con base en la sentencia del Tribunal Constitucional 155/2001 [RTC 2001\155], precisamente citada por la AP de Almería— cabe oponer que la meritada Sentencia (que debatía la aplicación del derecho chino alegado por la parte demandada y no probado) no es concluyente para este caso, toda vez que la admisión del recurso de amparo lo fue por falta de motivación del cambio jurisprudencial operado por el TS en relación a la aplicación subsidiaria del derecho español [...“*la cuestión que se suscita desde la perspectiva constitucional consiste en determinar, ex art. 24.1 CE, si la Sentencia dictada en suplicación carece o no de suficiente motivación al haberse limitado a declarar la aplicabilidad del Derecho chino y la exigencia de su prueba por la parte actora, pero sin llegar a razonar, fundamentar o justificar en modo alguno el porqué de su decisión revocatoria de la sentencia de instancia (que reconociendo tales circunstancias, aplicó subsidiariamente la legislación laboral española con base en la propia doctrina del Tribunal Supremo)*” FJ 4]. Sobre la propuesta de creación de un verdadero sistema estructurado de aplicación del derecho extranjero y no tanto una aplicación en función del caso concreto, *vid.*, Maseda Rodríguez, J., “La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Actualidad Civil*, núm. 12 (2002).

8. Las mismas soluciones jurisprudenciales ya vistas se alcanzarían en el supuesto de que las partes argumentaran en torno al derecho extranjero (que no parece ser el caso que comentamos pues la Sentencia de la Audiencia se refiere a que “ninguna prueba se ha propuesto” sin que se mencione si este derecho fue o no alegado) y sin embargo no lo probaran; es decir, se aplicaría el derecho español o se desestimaría la pretensión, solución esta última más correcta en los términos ya señalados. Por lo que hace a la justicia constitucional, la STC 33/2002 de 11 de febrero [RTC 2002\33] ha considerado que existe una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (en su vertiente de derecho de acceso al proceso) en orden a la obtención de una resolución sobre el fondo (de la pretensión articulada en la instancia) por falta de prueba del derecho extranjero. En esta Sentencia (que debatía la aplicación del derecho inglés alegado por la parte demandada y no probado) se ha imputado indefensión de la actora por el hecho de que el Juzgado no le diera la oportunidad de probar el Derecho inglés [... “*ante la falta de la prueba del derecho extranjero se optó por no resolver sobre la pretensión deducida por la actora, evitando, además, hacerlo a través de la aplicación subsidiaria de la “lex fori”* (FJ 4). *Ahora bien, tal óbice (falta de prueba del Derecho extranjero) resultaba*

*inexistente, puesto que al ser la parte demandada la que había invocado el Derecho inglés era a ella (y no a la actora) a quien correspondía acreditar su contenido y vigencia, conforme a lo dispuesto en el entonces vigente art. 12.6 del Código Civil (FJ 5) J. Repárese en el Voto particular formulado por el magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas que reputa la existencia de una sentencia sobre el fondo en atención a las peculiaridades del proceso laboral, niega la indefensión de la parte actora y, consecuentemente, la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva [sobre esta jurisprudencia, vid., Carrillo Pozo, L.F, “Una doctrina constitucional sobre la alegación y prueba de la ley extranjera”, en Alonso Olea y Montoya Melgar, *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, 2002]. En todo caso, la alegación por parte del TC del art. 12.6.II del C.c. (hoy derogado) deja la duda de si la solución hubiera sido la misma a la luz el artículo 281 de la nueva LEC.*

9. Finalmente, cuando la prueba del derecho extranjero sea imposible, el Tribunal Supremo ha optado por la aplicación del derecho español. En cualquier caso, la Sentencia de la AP de Almería, acudiendo a la tradicional aplicación del derecho español a falta de prueba del derecho extranjero y fundamentando también su solución en la STC 155/2001 antes citada, da una solución correcta al caso y también de sentido común. En efecto, como afirma el tribunal *ad quem*, dado el cambio sufrido por el artículo 107 C.c. sería absurdo, por razones de economía procesal -así como de la propia justicia material- remitir a las partes a un nuevo proceso para obtener la solución que quieren, el divorcio, pudiendo en base a la tradicional doctrina del régimen procesal del derecho extranjero anteriormente expuesto otorgárselos en esta misma sentencia (FJ 4).

10. Y es que, la reforma del artículo 107 del Código Civil, en su segundo párrafo del apartado segundo establece que (...) *“En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España: (a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas. (b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. (c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público”*. La reforma, como se explica en la Exposición de Motivos de la Ley, fue debida precisamente a los problemas derivados de la inmigración y, en particular, por lo que hace a la ley aplicable al divorcio, la separación y la nulidad matrimonial, con el objetivo de proteger a “la mujer frente a nuevas realidades sociales que aparecen con el fenómeno de la inmigración”.

Como hemos dicho al comienzo de este comentario, ambas sentencias vienen a poner de relieve la utilidad de la modificación porque al exigir (en los tres incisos del artículo 107.2) la aplicación el derecho español, decae por innecesaria la alegación y prueba del derecho extranjero. Así lo entendió la AP de Cuenca que revoca la sentencia del tribunal *a quo*. Es la ignorancia del Juez de la existencia de una reforma al artículo 107 C.c. la que le llevó a desestimar la demanda, seguramente avalada por la falta de alegación y prueba del derecho ecuatoriano que el abogado de la demandante obvió (acaso no por falta de pericia profesional), precisamente, porque conociendo el alcance del nuevo

artículo 107 C.c. (que hace obligatoria la aplicación del derecho español cuando las partes actúan de común acuerdo) tal alegación hubiera resultado absurda. La ignorancia de la modificación de este artículo, aunque inexcusable, no es de extrañar ya que -como afirma la AP Cuenca- “la falta de sistema con que en ocasiones se procede a introducir en nuestro derecho (importantes) modificaciones legales, sirve para explicar el grueso error padecido por la juzgadora de instancia” (FJ 1).

11. Y es esta Sentencia de apelación una de las primeras en aplicar el nuevo artículo 107 C.c., en concreto en el apartado b) del número 2, que obliga a estimar la demanda y conceder la separación conforme al derecho español; obligación que se mantiene incluso si las partes hubieran querido que les fuera aplicado su derecho nacional común, que no es el caso. Sea como fuere, este artículo será beneficioso en la mayoría de los supuestos ya que permite ahorrarse el engorroso y difícil trámite procesal, cuando las dos partes están de acuerdo (bien se pida por ambos cónyuges bien por uno con el consentimiento del otro) y uno de los cónyuges resida en España. De tal modo que esta letra b), como el resto de los supuestos contenidos en la segunda parte del artículo 107.2 C.c., tiene como objetivo facilitar el divorcio siendo como es una norma de las llamadas “con contenido material” [en relación con esta interpretación, *vid.*, Abarca Junco, P, “Un ejemplo de materialización en Derecho internacional privado español: la regulación del artículo 107 del Código civil”, en *Libro homenaje al profesor González Campos*, Madrid, 2005 (en prensa)].

12. Hemos dicho que en los tres apartados de este segundo párrafo del artículo 107.2 C.c. se hace innecesario la alegación y prueba del derecho extranjero y ello por cuanto hace obligatoria la aplicación del derecho español. Ahora bien, respecto de la letra a) es posible admitir diversas interpretaciones. Una de ellas pasa por considerar que el precepto resuelve el problema procesal de la falta de alegación y prueba del derecho extranjero, dando una respuesta específica en materia de separación y divorcio. En este sentido, podemos considerar que la falta de alegación y prueba del derecho extranjero hace que no resulte aplicable “ninguna de las leyes anteriormente mencionadas”. Entonces, nos podríamos encontrar ante dos supuestos distintos. El primero, que el demandante no alegue el derecho extranjero y el demandado consienta, con lo que estaríamos en el supuesto de la letra b). El segundo, o que el demandado no consienta y alegue el derecho extranjero (con lo cual este derecho sería el aplicable) o que el demandado no consienta pero no alegue el derecho extranjero (con lo cual se aplicaría el derecho español). Consecuentemente, el ámbito de aplicación de la letra a) —en esta interpretación— es más amplio que el de la letra b). En ambos supuestos las partes pueden optar entre la aplicación o no del derecho extranjero, convirtiendo en facultativo nuestro derecho. En otras palabras, no existiendo oposición, al cónyuge que no quiera que se le aplique ningún derecho extranjero a los que eventualmente remite el párrafo primero de este artículo le basta con no alegarlo, sabiendo que le será concedida la separación o divorcio conforme al derecho español; e, igualmente sucederá si eventualmente el demandado se opone pero no en base a un derecho extranjero.

Ana Paloma ABARCA JUNCO
Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA