

AAP Madrid 21 noviembre 2008

(= cónyuges español y argentino ambos con residencia habitual en Argentina)

Cuestiones:

1º) ¿Qué interpretación adopta el tribunal en relación con el art. 22.3 LOPJ?

2º) ¿Sintoniza la interpretación del tribunal en este caso con la STJCE 29 noviembre 2007 “López”?

3º) ¿Es correcta la interpretación que lleva a cabo el tribunal en relación con el art. 769 LEC?

AAP Madrid 21 noviembre 2008

(= cónyuges español y argentino ambos con residencia habitual en Argentina)

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO En el escrito rector del procedimiento que ha provocado el incidente que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración, los cónyuges demandantes, de nacionalidad española y argentina, respectivamente, interesan, por la vía procesal regulada en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se declare disuelto, por divorcio, el matrimonio que habían contraído en Madrid en fecha 12 de enero de 2001.

El Juzgado a quo, sobre la base de no ostentar los solicitantes nacionalidad común y radicar en Argentina la residencia habitual de ambos, acuerda, haciéndose eco del dictamen del Ministerio Fiscal, inadmitir a trámite la demanda al no quedar integrado el caso en las normas que, sobre competencia internacional, recoge el artículo 3º del Reglamento nº 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea.

Y contra dicho criterio decisorio se alzan los referidos litigantes, solicitando del Tribunal que, con revocación del mismo, se admita a trámite la demanda presentada.

SEGUNDO Bajo la rúbrica "Extensión y límites del orden jurisdiccional civil. Falta de competencia internacional", el artículo 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.

Tal previsión nos lleva, en el ámbito de la Comunidad Europea, al referido Reglamento que, de conformidad con el artículo 96 de nuestra Constitución ha de primar sobre la normativa interna de nuestro país.

El artículo 3º de la citada normativa supranacional, a través de sus distintas previsiones, según se refleja en el Auto apelado, sanciona competencias de carácter exclusivo, de modo que los cónyuges que tengan su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro o sean, ambos, nacionales del mismo, han de ser demandados, a fin de obtener la nulidad, separación o divorcio, ante los órganos jurisdiccionales de uno de los Estados miembro, estableciéndose además un sistema de distribución de competencias entre los citados Estados a través de una serie de fueros alternativos.

En el supuesto que analizamos, ni los cónyuges solicitantes ostentan la nacionalidad común de un Estado miembro de la Unión Europea, ni tienen actualmente, de forma conjunta o individual, su residencia habitual en cualquiera de ellos, ni tal circunstancia ha acaecido, respecto de uno u otro, en los plazos recogidos (1 año ó 6 meses) en el precepto examinado.

Pero tal coyuntura no ha de determinar, sin más, la declaración de incompetencia de la jurisdicción española, habida cuenta que, de conformidad con el artículo 17 del propio Reglamento, tal pronunciamiento viene constreñido a aquellos supuestos en los que pudiera ser competente el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, lo que, por la residencia habitual en Argentina de ambos cónyuges, ha de quedar descartado en el que analizamos.

Pero situaciones como la expuesta no quedan sin respuesta, aun por remisión, en el Repetido Reglamento, habida cuenta que su artículo 7, bajo la rúbrica de "Competencia residual", previene que si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado.

Por lo cual, y a falta de otra regulación específica de carácter supranacional, hemos de acudir necesariamente al artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en su apartado 2º, establece, con carácter general, los foros de aplicación al resto de las cuestiones civiles no incluidas en el apartado 1º, esto es la prorrogatio fori y el correspondiente al domicilio del demandado.

Doctrinalmente, y tras resaltarse las ventajas de dicha prorrogatio, determinada por la sumisión expresa o tácita de las partes, y considerada como un principio admitido en todos los países civilizados, se señala sin embargo que la misma no puede comportar una absoluta libertad de los litigantes respecto de la atribución de competencia, mostrándose reticencias sobre la idea de que debe siempre existir una mínima conexión de las partes con el foro a favor del que se realiza la prorrogación de competencia, evitándose el denominado forum shopping, que implicaría en muchos casos un auténtico fraude de Ley.

Como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala, podría aducirse que en el ámbito de nuestro derecho positivo, y en lo que concierne a la litis matrimonial, la validez de dicha sumisión deviene afectada por otras dos normas, que actúan a modo de límites de aquélla; la primera de las cuales viene representada por la exigencia, plasmada en el nº 3º del citado artículo 22, de que si los cónyuges residen fuera de nuestro país solo pueden acudir a los Tribunales del mismo si ostentan la nacionalidad común española y presentan su solicitud de mutuo acuerdo; sin embargo dicho límite se revela como más aparente que real, pues no puede olvidarse que las previsiones del nº 3º del precepto examinado son, en todo caso y al no expresarse nada en contrario,

subsidiarias de las incluidas en el nº 2º, por lo que debe prevalecer el foro al que las partes se han sometido, y ello ya sea en un procedimiento consensual o contencioso, y prescindiendo igualmente de la nacionalidad de los cónyuges. No puede por ello concebirse el condicionante de la común nacionalidad española y postulación consensual sino como una mera redundancia absolutamente superflua, como lo evidencia el que no se incluyera en el anteproyecto de dicha ley, ni en su paso por el Congreso de los Diputados, siendo únicamente durante su discusión en el Senado cuando se aceptó una enmienda de adición del referido inciso, por exclusivas y concisas razones de "mejora técnica", pero sin otros argumentos parlamentarios ni dicción legal que implicara una limitación específica al principio de prorogatio fori, revelándose mas bien como una singular aplicación del mismo que, por ende, se revelaba totalmente innecesaria.

Una mayor entidad y transcendencia jurídica, en cuanto límite necesario al denominado por la doctrina internacional forum shopping, tienen las prescripciones contenidas en el artículo 769 de la ley de Enjuiciamiento Civil dado que, en el ámbito del derecho interno, no admite otros foros competenciales que los representados por el lugar del domicilio conyugal, y, de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, el del último domicilio común o el de residencia del demandado, o, en su caso, lugar en que el mismo se halle, o, en último término el del domicilio del actor, estableciendo el párrafo final de tal precepto la nulidad de los acuerdos de las partes que alteren lo dispuesto en el mismo, lo que, en definitiva, implica que no cabe, en tal ámbito del derecho interno, la prorogatio fori o sumisión de las partes.

En tal forma debe concluirse que, en orden a la competencia de los Tribunales españoles para conocer de los pleitos matrimoniales, no basta el que los cónyuges se hayan sometido a su jurisdicción, sino que tiene que existir alguno de los criterios de conexión territorial establecidos en el referido artículo 769.

En el presente supuesto, la sumisión de los solicitantes a la jurisdicción española, en cuanto primer condicionante legal de la competencia de los tribunales patrios, se encuentra además apoyada por el hecho, debidamente acreditado, de haber tenido, en el pasado, su domicilio común en España, y en concreto en Madrid, por lo que no existe obstáculo alguno, de conformidad con toda la normativa expuesta, para que los tribunales de nuestro país, con asignación territorial a los de esta Capital, conozcan de la acción entablada.

En consecuencia, hemos de acoger la pretensión revocatoria deducida.

TERCERO Dado el sentido de esta resolución, a tenor de lo antedicho, no ha de hacerse especial condena en las costas procesales devengadas en la alzada, en cumplimiento de lo que previene el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

III DISPONEMOS

Que estimando el recurso de apelación formulado por don Pabloy doña Carina contra el Auto dictado, en fecha 25 de febrero de 2008, por el Juzgado de Primera Instancia nº 79 de los de Madrid, en procedimiento de divorcio seguido bajo el número 1044/2007, debemos revocar y revocamos la citada resolución y, en su lugar, declaramos que el citado Órgano tiene jurisdicción y competencia territorial para

conocer de la demanda presentada, por lo que deberá admitir a trámite la misma, continuando el procedimiento de conformidad con la normativa procesal que le es de aplicación.
