

## SAP Almería 28 junio 2004

Divorcio de mutuo acuerdo: cónyuges marroquíes. La falta de prueba del Derecho marroquí conduce a la aplicación del Derecho material español. Aplicación hipotética del nuevo art. 107.2 CC: aplicación de la Ley española.

### **CUESTIONES:**

1º) Ley aplicable al divorcio entre marroquíes (antes y después de 2003).

2º) Derecho aplicable ante la falta de prueba del Derecho marroquí.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda de divorcio formulada por la esposa con el consentimiento de su marido, al considerar que, ostentando ambos la nacionalidad marroquí, el divorcio ha de regirse por su Ley nacional común conforme al art. 107 del CC, no habiendo acreditado la existencia en la legislación de su país de la causa legal de divorcio invocada en la demanda, interpone la actora recurso de apelación a fin de que se revoque la resolución combatida y, en su lugar, declarando la competencia de los Tribunales españoles para el conocimiento del litigio, acoja en su integridad los pedimentos de la demanda. El Ministerio Fiscal no formuló, en el plazo a tal efecto conferido, escrito de oposición al recurso.

SEGUNDO En este sentido, 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 CC en la redacción vigente durante la sustanciación de la anterior instancia de este proceso -redacción que, como luego veremos, ha sufrido una sustancial modificación-, 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 LEC. 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 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 ( SSTS 31 diciembre 1994, 25 enero 1999 , 5 junio 2000 y 17 julio 2001 ). 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 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 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 ).

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, aprobando el convenio regulador que se propone con la demanda ya que garantiza adecuadamente los superiores intereses del menor hijo habido del matrimonio, habiendo expresado el Ministerio Fiscal su conformidad a la aprobación del mismo.

CUARTO Con independencia de lo anterior y a mayor abundamiento, la reforma introducida en el CC ) por Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre 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, habiéndose ratificado ambos a presencia judicial tanto en la demanda como en la propuesta de convenio regulador que a la misma se acompaña 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

....

\* \* \* \*