

Grupo Accursio Enero 2006 - Comentario SAP Tarragona 25 abril 2005

Comentario SAP Tarragona 25 abril 2005 (= separación matrimonial entre cónyuges argelinos: competencia y Ley aplicable)

Cuestiones:

1º) ¿Es correcta la aplicación del art. 22 LOPJ a este caso, y en concreto, el foro del domicilio del demandado en España?

2º) ¿Es correcta la interpretación que el tribunal realiza del art. 32 CE 1978, en el sentido de que los extranjeros deben poder divorciarse o separarse ante tribunales españoles en las mismas condiciones que los españoles?

SAP Tarragona 25 abril 2005

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEGUNDO.- La apelación invoca, introduciéndola en esta instancia dada su rebeldía en la anterior, la incompetencia de los Tribunales españoles dada la nacionalidad argelina de ambos cónyuges. Para resolver debemos señalar que la demanda se presentó en 16 mayo 2003 y, por tanto, antes de la modificación de los arts. 9 y 104 C.Civil por la L.O. 11/2003 de 29 septiembre 2003, por consiguiente con arreglo al art. 769.1 LEC y el 22.3 LOPJ, correspondía conocer a los Tribunales españoles, en defecto de sumisión expresa o tácita, si el demandado tiene su domicilio en España, y en defecto de esos criterios en materia de separación cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda, criterio este que era el seguido por la Disposición Adicional 1ª de la Ley 30/81. Consta en autos que los cónyuges se encuentran empadronados en Tortosa, que residen habitualmente en España desde hace años, donde incluso nació un hijo en 1997. El motivo se rechaza.

TERCERO.- Como segunda cuestión invoca la aplicación del derecho nacional de los litigantes, al parecer argelinos. Al respecto debemos señalar que el hecho invocado por el apelante en esta instancia, constituye un hecho nuevo inadmisibile, pues encontrándose como tal sometido a prueba conculca la preclusión de la fase de alegaciones e impide a la parte demandante articular en forma su defensa. A ello debemos señalar que en autos no existe prueba fehaciente de la nacionalidad argelina de los litigantes, ni se aporta prueba alguna del contenido y vigencia del derecho argelino que el apelante invoca, lo cual conculca el art. 12.6.2. C.Civil que dispone que quien invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos por la ley extranjera, siendo doctrina jurisprudencial constante la que establece la necesidad de esa acreditación como una mera cuestión de hecho (STS 4 octubre 1982, 11 mayo 1989, 7 septiembre 1990, entre otras). De lo referido se derivó la aplicación sustitutiva del Derecho material español por ser la *lex fori* aplicable por los Tribunales españoles, porque así lo exige la necesidad de dar una respuesta a la cuestión planteada, consustancial con el principio de tutela judicial efectiva consagrada en la C.E. art. 24, doctrina coincidente con la tradicionalmente seguida por el TS, ejemplo de cuyas resoluciones cabe señalar en SS 13 diciembre 2000, 17 julio 2001, 5 marzo 2002, 2 diciembre 2003, entre otras muchas. Debemos agregar que la L. 8/00 de 22 diciembre sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España dispone que le son aplicables los derechos del Título I de la C.E. en los

términos establecidos en los Tratados Internacionales, en la propia ley y en las que regulan el ejercicio de cada uno de ellos, ejercitando los derechos que se reconocen en la Ley en condiciones de igualdad con los españoles, y siendo que el art. 32 CE establece que la Ley regulará las causas de separación y disolución y sus efectos, tales derechos son ejercitables por los extranjeros en España en igualdad con los españoles, procediendo destacar que en autos se trató de la separación de dos cónyuges, uno de los cuales ha dado muestras de peligrosidad respecto del otro hasta el punto de constar que dictó auto de alejamiento respecto de su esposa, por lo que la separación deviene necesaria y urgente como medida que garantice la seguridad y libertad de la actora, por todo lo cual se impone el rechazo de la apelación y la confirmación de la sentencia.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de apelación....

* * * *