

### **SAP Castellón 7 abril 2005**

(= Ley aplicable a la separación matrimonial entre dos senegaleses)

Cuestiones:

1º) En opinión del sentenciador, ¿ofrece el art. 107.2 Cc. soluciones adecuadas para señalar la Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en los casos internacionales?

2º) ¿Por qué en los casos internacionales de separación judicial, ésta se rige por una Ley estatal o por otra dependiendo de si dicha separación reviste un carácter contencioso o se produce de mutuo acuerdo?

3º) ¿Es correcta la desestimación de la demanda de separación judicial como fallo dictado por el tribunal?

4º) ¿Qué papel juega en este caso el art. 400 LEC?

## **SAP Castellón 7 abril 2005**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Formulada demanda de separación con solicitud de medidas inherentes a ella por D<sup>a</sup> Beatriz contra su marido D. Juan Antonio, la sentencia de instancia aprecia que siendo el matrimonio constituido por litigantes de nacionalidad senegalesa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 CC la separación se rige por la ley nacional común, sin que, contra lo prevenido en el artículo 281.2 LEC, ninguna de las partes haya probado, ni siquiera propuesto prueba en este sentido, el contenido y vigencia del derecho senegalés en materia de separación, sin que por ello conste que la legislación de Senegal regule la separación en los términos solicitados en la demanda, y en consecuencia desestima el pedimento principal de la demanda, adoptando no obstante ello medidas de protección de los cinco hijos menores de edad. Frente a dicho pronunciamiento desestimatorio se alza la actora solicitando en esta instancia que se declare la separación de los cónyuges litigantes, alegando en apoyo de su petición infracción del artículo 281.2 LEC así como del artículo 107.2 CC. Al efecto argumenta que conforme a reiterada jurisprudencia (que cita) cuando no es posible fundar con seguridad absoluta la aplicación del derecho extranjero los tribunales españoles juzgarán conforme al Derecho español, doctrina ésta que se sostiene también en términos similares por el Tribunal Constitucional en STC 155/2001 según la cual 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 artículo 24.1 CE exige. Por otra parte, argumenta también que a la misma solución se llega mediante la aplicación del artículo 107.2.b) CC cuyos requisitos, según dice, se cumplen por cuanto ambos cónyuges tienen su residencia habitual en España desde hace más de 10 años, y tanto en la demanda de separación, como en la contestación a la misma, se solicitó la separación de los cónyuges. Por su parte el demandado, haciendo suyos los argumentos vertidos en el recurso impugna la sentencia y solicita igualmente que en la alzada se declare la separación de los litigantes.

SEGUNDO.- La jurisprudencia citada por la apelante no resulta estrictamente de aplicación al presente caso por cuanto todas y cada una de las Sentencias del Alto Tribunal invocadas (17 julio 2001, 5 junio 2000, 25 enero 1999 y 31 diciembre 1994) atienden a supuestos de índole patrimonial en los que interviniendo partes extranjeras resultan de aplicación -según el específico caso contemplado- los artículos 10 y 11 CC, mientras en el presente caso que plantea la cuestión referente a la ley aplicable respecto de las relaciones personales entre cónyuges, y más concretamente los casos como el presente de crisis matrimoniales, debe atenderse en virtud de la norma de remisión contenida en el artículo 9.2.2º CC, a lo dispuesto en el artículo 107 CC, y en cuyos supuestos, sin perjuicio de cuanto seguidamente se dirá, en modo alguno resulta de aplicación el Derecho español aún de forma subsidiaria. El artículo 107 CC, en su redacción dada por LO 11/2003, de 29 de septiembre, en su número 2 establece, con carácter general y en lo que aquí interesa, que la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda. No obstante el párrafo 2º de dicho precepto determina, también en cuanto ahora interesa, que "en todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges ... resida habitualmente en España: b) si en la demanda presentada ante el tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro". Por lo tanto, conforme a dicho precepto resultará aplicable a la separación (que es el caso) o el divorcio la ley española cuando cumulativamente concurren dos requisitos: primero, que uno de los cónyuges resida habitualmente en España; y segundo, que la separación (o el divorcio) se pida por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. En el caso contemplado no hay duda de que la primera exigencia queda cumplida por cuanto, habiendo sido presentada la demanda en fecha 20 febrero 2004, ambos cónyuges litigantes tienen su residencia habitual en España desde al menos el año 1996 en que tuvo lugar, en Las Palmas de Gran Canaria, el nacimiento del tercero de los hijos del matrimonio, habiendo nacido en Castellón, respectivamente, en los años 1998 y 2001 la cuarta y el quinto hijos de los cónyuges litigantes, residiendo estos en esta ciudad desde, al menos, el 20 de marzo de 1998, fecha en que suscribieron contrato de alquiler de la que constituyó vivienda conyugal. Por el contrario, se debe concluir que no concurre el segundo de los requisitos exigibles por cuanto el artículo 107.2.2º.b) exige que en la demanda presentada ante tribunal español se pida la separación (o de divorcio) por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, lo que sin duda alguna alude a los supuestos contemplados en el artículo 777 LEC, siendo que en el presente caso la separación ha seguido los cauces del proceso contencioso conforme a lo previsto en el artículo 770 LEC. De este modo, aunque cada uno de los cónyuges aquí litigantes, en sus respectivos escritos de demanda y contestación, como también ahora en sus escritos de apelación e impugnación, hayan pedido que se declare la separación personal -aunque también por distintos motivos-, siguiendo una interpretación literal estricta del citado precepto, el pronunciamiento combatido tanto por la apelante como por el impugnante debe ser confirmado, al no concurrir las exigencias requeridas para la aplicación del Derecho español en la separación personal de los litigantes extranjeros, y habida cuenta la falta de prueba y aún de alegación del Derecho senegalés aplicable a la materia. Por lo demás, el artículo 281.2 LEC que la apelante estima infringido, constituye una norma meramente potestativa de modo que si bien permite al juzgador a averiguar por todos los medios que estime necesarios el aplicable, no le obliga a ello, siendo que la carga de la prueba del mismo conforme al mismo precepto incumbe imperativamente a las partes.

Finalmente y al hilo de las argumentaciones de la apelante, considera el Tribunal que no se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva toda vez que no existe obstáculo alguno para que los litigantes puedan plantear nueva demanda de separación alegando y probando su ley nacional o bien cumpliendo la exigencia cuya ausencia motiva ahora la desestimación de la demanda.

TERCERO.- De cuanto antecede resulta la desestimación del recurso así como de la impugnación de la sentencia...

FALLO Que desestimamos el recurso de apelación

\* \* \* \*