

SAP Málaga 10 febrero 2005

(= separación matrimonial y cónyuges de nacionalidad marroquí).

Cuestiones:

1º) ¿Es posible aplicar en este caso, como efectivamente hizo el tribunal, la Ley material española?

2º) Qué “enseñanza” se extrae de este caso que pueda ser “útil” para litigantes poco escrupulosos a la hora de “provocar” un cambio en la Ley aplicable designada imperativamente por el art. 107.2 Cc.?

3º) ¿Puede el tribunal adoptar alguna medida para impedir que el Derecho aplicable sea “alterado” por la mera voluntad de uno de los litigantes?

SAP Málaga 10 febrero 2005**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO Limita la defensa técnico-jurídica del apelante los motivos en el que articula la solicitud de estimación de su recurso a la vulneración del art. 107 CC en relación con el art. 9.2 del mismo texto legal, considerando que la infracción deviene de no haber aportado la actora al procedimiento el correspondiente Certificado de Ley, preceptivo para los casos en que los cónyuges tengan la misma nacionalidad, que al presente caso es la marroquí. De adverso, la oposición al recurso estima inoperativa la mencionada prescripción, siendo que en la vigente regulación del precepto se permite a la parte actora optar por la aplicación de la Ley española. El Ministerio Fiscal, finalmente, insta asimismo la desestimación del recurso remitiendo al FJ Primero de la resolución apelada, expresivo del ajustamiento a derecho y corrección hermenéutica de las razones que justifican la aplicación de la Ley española aun cuando ambas partes ostenten la nacionalidad marroquí.

SEGUNDO Ha de comenzar la Sala señalando que por tratarse en esta litis de una demanda de separación entre esposos de nacionalidad marroquí, es lo cierto que prima facie el art. 107 CC reenvía a la legislación del Reino de Marruecos como derecho aplicable, y asimismo que el art. 12 CC requiere a la parte que ejercita la acción la correspondiente acreditación del contenido y vigencia de ese derecho extranjero, por los medios de prueba admitidos por la Ley española. Ello no obstante, resulta conveniente, como así ha hecho el juzgador de instancia, atender también a la circunstancia del domicilio conyugal, quienes poseen común residencia habitual en la localidad de Fuengirola, pues el art. 769.1 LEC, en relación con el art. 22.3 LOPJ, entiende que la residencia común de los litigantes en España al tiempo de la interposición de la demanda de separación conyugal determina la competencia de los Tribunales españoles. Con todo, no se allanaría por completo la interpretación favorable

a la *lex civilis fori* del domicilio frente a la Ley nacional común, sin proceder a atender igualmente a la razonable oportunidad de introducir la excepción del art. 12.3 CC, si de la eventual aplicación de la Ley extranjera se llegara a vulnerarse el orden público, tomado éste como conjunto de principios, públicos y privados, políticos, socio-económicos, morales y hasta religiosos que, como parámetros de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes, son tenidos como absolutamente obligatorios para la conservación de una sociedad en cada determinada época. Criterio con refrendo jurisprudencial, así en STS 5 abril 1996, pero cuya interpretación ha de ser siempre prudencial y restringida al objeto de evitar que resulte al cabo inasequible la aplicabilidad de legislaciones foráneas o ejecutabilidad de resoluciones dictadas por tribunales extranjeros.

TERCERO En todo caso, tampoco cabe obviar que la legislación sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (LO 4/2000 de 11 de enero y LO 8/2000, de 22 de diciembre), en cuanto confiere a éstos los que para los nacionales del Reino de España figuran el Tít. I de la CE de 1978, resitúa la cuestión en términos que exceden cualquiera posibles restricciones de derecho procesal o sustantivo relativas a lo dispuesto por el art. 107 CC, siendo así que la actora claramente ha optado por la aplicación del ordenamiento jurídico español, lo que por lo demás concuerda con una conducta jurídico-institucional aceptante puesta de relieve en haber acudido a la forma civil de matrimonio, celebrado en Fuengirola, e inscribirlo en el Registro Civil (doc. 1 de la demanda), e igualmente por haber procedido a la inscripción en el mismo de los hijos habidos de aquél.

CUARTO A todo lo anterior, debe añadir la Sala dos precisiones. Una de carácter legal, determinada por la modificación operada en el núm. 2 del art. 107 CC por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, en la que se determina la Ley aplicable en los supuestos de separación y divorcio, habilitando al demandante para la elección de la Ley procesal española; reforma que en su Exposición de Motivos, conteniendo criterio interpretativo general, trata de solventar las dificultades que, con mención específica a las mujeres musulmanas, a veces encuentran las mujeres extranjeras para solicitar y emprender procesos de separación o divorcio. La otra es de carácter jurisprudencial y va referida en específico a la eventual falta de acreditación por la demandante sobre el contenido y vigencia del derecho de su país, entendiéndose que sólo desde una interpretación rigorista, incapaz de ponderar las orientaciones de sentido conflictivo, sería posible sacrificar el conocer sobre la cuestión de fondo por falta de acreditación probatorias, muy al contrario entendiéndose (así STC de 11 de febrero de 2002, recurso 4061/1998, sobre tema laboral) que habría de procederse a una inversión de la carga probatoria, correspondiendo ésta a la parte demandada, más cuando la demandante en ningún momento había hecho invocación de otra legalidad que la española, resultando ello conforme a lo prevenido por los art. 12.6 CC y 282 LEC, además de lo establecido en el art. 282 de la citada LEC. En igual sentido y jurisdicción habíanse pronunciado las SSTS (Sala Social) de 22 y 25 mayo 2001, señalando que la no invocación de por quien debía hacerlo no puede determinar defraudar la norma de conflicto, sin que la sola invocación de la norma de conflicto por la parte demandada quepa equipararla a invocación de norma extranjera. Ex abundancia, SSTS (Sala Primera) de 16 julio 1991, 31 diciembre 1994 y 25 enero 1999, desarrollan la distinción entre normas de conflicto, aplicables ex officio, en virtud de las cuales se concreta el derecho aplicable a una relación jurídica controvertida, y la prueba del , en cuanto a su vigencia, contenido, entidad y aplicación, que aunque bien pueda ser averiguado por el juzgador, apelando a los existentes mecanismos previstos en convenios internacionales (v. gr.: Convenio Europeo de Londres, de 7 de junio de 1968, sobre información de , contemplado en el

Protocolo adicional hecho en Estrasburgo de 15 marzo 1978, y Convención Interamericana sobre prueba e información del hecho en Montevideo el 8 mayo 1979), ciertamente constituye fundamental carga probatoria de quien lo alega. Finalmente, representa una conducta procesal inconsistente el que por parte del demandado, quien ha tenido una presencia inusual en el incardinamiento de los planteamientos de defensa de las diversas direcciones jurídico-técnicas que le han asistido, y hasta en el modo de postularse a través de personación procesal, determinando la renuncia de varios Letrados y Procuradores de los Tribunales, no arguyera el argumento que ahora esgrime durante la tramitación de las medidas provisionales (Auto de 1 abril 2003) que se adoptaron mediante acuerdo (art. 771.3 LEC) y conforme a la Ley material española.

SEXTO ... desestimación del recurso de apelación probado.....

* * * *