

SAP Madrid 7 noviembre 2008

(= divorcio entre ciudadanos ecuatorianos)

Cuestiones:

1º) ¿Con arreglo a qué fundamento jurídico puede afirmarse que el Derecho alemán debía regir este contrato?

2º) ¿Qué argumentación jurídica realiza el sentenciador para subrayar que el tribunal no puede probar, *motu proprio*, el Derecho extranjero?

3º) ¿Qué solución ofrece el tribunal para el caso de que el Derecho extranjero no resulte acreditado en este supuesto?

SAP Madrid 7 noviembre 2008

(= divorcio entre ciudadanos ecuatorianos)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La dirección Letrada de la parte apelante, habida cuenta de la nacionalidad ecuatoriana de ambos litigantes, interesa del Tribunal que se declare la nulidad de la sentencia dictada por el Órgano a quo, al que habrán de devolverse las actuaciones para que dicte nueva resolución en la que se acuerde el divorcio conforme al Código Civil de Ecuador y se pronuncie sobre la solicitada prohibición al demandado de salida, junto a sus hijos, del territorio español. Con carácter subsidiario, se solicita la revocación parcial de la resolución apelada, y ello en el siguiente sentido:

- Se declare el divorcio conforme al artículo 109. 3ª del Código Civil ecuatoriano
- Se prohíba al demandado salir del territorio español junto con sus hijos, o alguno de ellos, si no consta la autorización expresa y por documento público de la otra progenitora.
- Que las entregas y recogidas de los menores, en orden al cumplimiento del régimen de visitas, se lleven a efecto a través del correspondiente Punto de Encuentro Familiar.
- Que la aportación económica del Sr. Manuela los alimentos de sus hijos quede cifrada en 250€ al mes por cada uno de ellos.

El Ministerio Fiscal no se opone a la solicitada intervención del Punto de Encuentro, propugnando en lo demás la confirmación de la resolución impugnada.

SEGUNDO Al contrario de lo que puede acaecer cuando la infracción procesal se comete durante la sustanciación del procedimiento en la instancia, en que el Tribunal de apelación debe acordar, de originar aquélla la nulidad radical de las actuaciones o de parte de ellas, la retroacción de las mismas, devolviéndolas al Órgano a quo, de conformidad con lo prevenido en el apartado número 3 del artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el supuesto de que una infracción de tal naturaleza se hubiere cometido al dictar sentencia en la primera instancia, la Ley, en el apartado número 2 del referido precepto, no contempla, como necesaria consecuencia, la remisión de las actuaciones al Juzgado para su subsanación, sino tan sólo la revocación, por el Tribunal ad quem, de la sentencia apelada, y la resolución de la cuestión o cuestiones que sean objeto del proceso.

Pero ni siquiera tales condicionantes legales concurren en el supuesto analizado, en el que la sentencia dictada por la Juzgador de instancia cumple todos y cada uno de los requisitos formales exigidos por el artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuestiones distintas, tal como plantea el recurrente, son las relativas a la resolución del petitum principal deducido conforme a una normativa inaplicable al caso, o a la omisión de todo pronunciamiento sobre una petición complementaria, lo que, de ser así, tan sólo puede desembocar procesalmente en la corrección por la Sala de dichas infracciones.

En consecuencia, ha de decaer el primero de los motivos del recurso.

TERCERO La competencia de los tribunales españoles para conocer de la litis de divorcio de dos súbditos extranjeros residentes en nuestro país (artículos 3a) del Reglamento nº 2201/2003 del Consejo de Europa y 22-3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial), y ello conforme a la normativa procesal española (artículo 3 L.E.C.), no conllevan, sin embargo, la aplicación de la normativa sustantiva patria a todos los supuestos que ante dichos Órganos puedan plantearse.

En efecto, dentro de las normas de conflicto contenidas en el Código Civil, el artículo 9º previene, con carácter general, que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad, que regirá su capacidad y estado civil, entre otros aspectos. En lo que concierne específicamente a la separación y el divorcio, dicho precepto remite al 107, conforme al cual la constitución del nuevo estado civil derivado de la disociación nupcial habrá de regirse por la ley nacional común de los esposos en el momento de la presentación de la demanda.

Bajo tales exigencias legales, y dado que ambos cónyuges ostentan la nacionalidad ecuatoriana, se impone, en principio, la resolución acerca del divorcio solicitado por la demandante conforme a la legalidad sustantiva de su país de origen, incumbiendo a las partes la acreditación de su contenido y vigencia, conforme previene el artículo 281 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el caso, la representación de la actora aportó, junto con su demanda, una copia simple de la regulación legal contenida en el Código Civil de Ecuador acerca del matrimonio y su crisis. Ciertamente es que dicho medio probatorio, al no venir debidamente averado respecto de su ajuste a la realidad legislativa de dicho país, resultaba insuficiente para la resolución de la litis en los términos contemplados en el citado artículo 107, lo que, en evitación de una decisión denegatoria de la pretensión principal articulada, que podría vulnerar las exigencias del artículo 24 de nuestra Constitución, habría que determinar la aplicación al caso de la legalidad española, de carácter subsidiario en supuestos como el analizado.

No puede, sin embargo, olvidarse que el propio artículo 281-2 L.E.C., tras disponer que el Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, añade que el tribunal podrá valerse, para su aplicación, de cuantos medios de averiguación estime necesarios.

El Tribunal Constitucional, sobre la base del artículo 24 C.E., habla de "la obligación del órgano judicial de prestar a las partes en el proceso judicial de que conozca una efectiva tutela de sus derechos e intereses legítimos, en particular cuando la aplicación del derecho extranjero resulta debida por imposición del propio ordenamiento jurídico español", para añadir que "la acreditación del derecho extranjero y la intervención del órgano judicial en su prueba puede trascender de la mera valoración de la prueba de un hecho alegado por la parte en apoyo de sus pretensiones..." (S.T.C. 17-1-2000).

El Tribunal Supremo, por su parte, declara que "si el Juzgador, con la aportación de las partes no se considera suficientemente ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable (S.3-3-1997).

En el caso, las dudas que podría suscitar la prueba aportada por la actora sobre la legislación ecuatoriana, en orden a su ajuste a la realidad, podían ser despejadas por diversos medios y, entre ellos, los del fondo documental del CENDOJ proporcionado, a través de la extranet de Jueces y Magistrados, por el Consejo General del Poder judicial, en el que se recoge el Código Civil ecuatoriano vigente que, en los artículos aplicables al caso, coincide plenamente con la prueba documental aportada con el escrito rector del presente procedimiento.

CUARTO Ello sentado, hemos de partir, para la decisión de la problemática planteada, del artículo 104-4º del Código Civil de dicho país, conforme al cual el matrimonio termina por divorcio, cuyas causas vienen reguladas en el artículo 109, entre las cuales, y en lo que al caso concierne, se contemplan "las injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial".

En el curso del procedimiento ha quedado cumplidamente acreditado que, en fecha 19 de abril de 2006, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 3 de los de Madrid acordó una Orden de Protección a favor de la hoy demandante respecto de su esposo, por un posible delito de maltrato en el ámbito familiar, con resultado de lesiones. Mediante sentencia del Juzgado de lo Penal nº 17 de los de esta capital de 21 de noviembre 2007, se condenó a don Manuel como autor de un delito de lesiones inferidas a su esposa en fecha 10 de junio de 2006, y en la que, junto con las penas correspondientes, se prohibió a aquél acercarse a su cónyuge a menos de 500 metros, por un período de dos años.

Tal reiterada conducta del demandado encuentra un adecuado encaje en la expuesta causa de divorcio, lo que determina, en este extremo del debate, el acogimiento de la pretensión revocatoria articulada.

QUINTO En materia de alimentos, y de conformidad con el artículo 4 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, resulta de aplicación la ley interna de la residencia del acreedor de tal derecho, la que se aplicará con independencia de cualquier condición de reciprocidad, inclusive si se trata de la ley de un Estado no contratante.

Ello nos lleva necesariamente a las previsiones al efecto contenidas en los artículos 93, 145 y 146 de nuestro Código Civil que, en lo que concierne a la cuantía

de la pensión, recoge criterios de equidistancia entre las necesidades del acreedor del derecho y los medios económicos del alimentante, con distribución de dicha carga, en el supuesto de ser dos o más los obligados, en proporción a su caudal respectivo.

En el presente supuesto, y respecto de las necesidades de los comunes descendientes, consta que el mayor de ellos, Bryan Alejandro, cursa sus estudios en un colegio público, utilizando el servicio de comedor escolar, lo que supone un desembolso mensual que oscila entre 33,18Ñ y 56,16Ñ (folio 114). La segunda de dichas descendientes, Jennifer Ainhoa, acude a una escuela infantil, en la que únicamente se abona el servicio de comedor, por importe de 41,50Ñ al mes. Han de computarse igualmente, al fin debatido, los demás gastos, de difícil justificación puntual pero de elemental previsión, que pueden generar unos niños de la edad de aquéllos en el entorno socio-económico en que los mismos se desenvuelven, y ello tanto a nivel estrictamente individual como por su participación porcentual en los comunes del grupo familiar en que los mismos han quedado integrados. En el interrogatorio llevado a efecto en la instancia, manifiesta doña Diana que el alquiler de la habitación que, en unión de los hijos, ocupa supone un desembolso de 350Ñ al mes, y que invierte en la alimentación de aquéllos 100Ñ semanales, pagando a una persona que se ocupa de dichos menores, mientras ella trabaja, 200Ñ; si bien tales extremos no han quedado acreditados por ningún otro medio de prueba.

Escasos son los datos aportados acerca de la capacidad económica del demandado, pues alegándose en el escrito rector del procedimiento que el mismo trabaja, como albañil, en una empresa de construcción, percibiendo un salario mensual de 1.200Ñ, tan sólo se aporta como prueba de dicha situación económico-laboral, una copia de la declaración prestada por aquél, el día 12 de marzo de 2007, en la Comisaría de Puente de Vallecas, en la que reconoce percibir, por la expuesta actividad, 1.000Ñ al mes.

La demandante, en el escrito rector del presente procedimiento, presentado el día 30 de junio de 2006, alegaba no disponer de ingresos propios con los que cubrir sus necesidades y las de los hijos, y ello frente a la descrita situación económica del Sr. Manuel, en cuya coyuntura interesaba una aportación alimenticia de este último de 250Ñ por hijo y mes. Pero durante la ulterior sustanciación de la litis, se incorpora la Sra. Diana al mercado de trabajo, en virtud de un contrato indefinido y a tiempo completo, percibiendo un salario neto que oscila entre 808,59Ñ y 919,64Ñ mensuales, según se refleja en las nóminas aportadas.

Bajo tales condicionantes, hemos de concluir que la pensión alimenticia fijada por el Órgano a quo no infringe, por defecto, los parámetros legales antedichos, armonizando por el contrario, y en un equilibrio siempre difícil, los diversos intereses, todos ellos legítimos, puestos en juego a través de la litis, lo que hace decaer la pretensión revocatoria al efecto articulada.

SEXTO De conformidad con el artículo 91 del Código Civil, en la sentencia que ponga fin al procedimiento matrimonial, el Juez adoptará las cautelas y garantías pertinentes, en orden al cumplimiento y efectividad de las medidas complementarias del nuevo estado civil.

En el supuesto que nos ocupa, si bien la resolución impugnada acuerda atribuir a ambos progenitores la patria potestad sobre la prole común, en modo tal que el no custodia habrá de ser consultado, entre otros supuestos, respecto de los viajes de los hijos al extranjero, resolviéndose por el Juzgado las discrepancias que, al respecto,

podieran surgir, no se ofrece, sin embargo, una concreta respuesta a la pretensión de la actora sobre la prohibición de salida de España de los menores, y que fue expresamente formulada en la demanda, por lo que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 218 L.E.C., procede subsanar, en el sentido que se especificará, dicha omisión.

SÉPTIMO Mediante Auto dictado por el Órgano a quo en fecha 6 de julio de 2007, y bajo el condicionante de la Orden de Protección acordada en 19 de abril de 2006, en la que se prohibía a don Manuel aproximarse a su esposa a menos de 500 metros, se estableció que la entrega y recogida de los hijos comunes, a fin de dar cumplimiento al régimen de visitas acordado en la última de las resoluciones mencionadas, se realizara en el Punto de Encuentro más próximo al domicilio de los menores.

Dicha medida no llegó entonces a tener efectividad, pues ambos progenitores determinaron que la entrega y recogida de los niños se llevaría a efecto a través de terceras personas.

En el acto de la vista celebrado ante el Juzgado el día 14 de abril de 2008, doña Diana manifestó que las personas que hacían de intermediarias a tal fin ya no podían seguir prestando esta función, por lo que interesaba nuevamente la intervención del Punto de Encuentro, lo que se reitera en el escrito de formalización de su recurso, alegando que la hermana de dicha litigante, a la que podría encargar tal cometido, debe trabajar los fines de semana, siendo inclusive posible su desplazamiento, por razones laborales, fuera de la Comunidad de Madrid.

En dicha situación, y con el fin de facilitar la comunicación de los menores con el padre, procede acoger, en beneficio de aquéllos, la pretensión deducida por la parte apelante.

OCTAVO Dado el sentido de esta resolución, a tenor de todo lo antedicho, no ha de hacerse especial condena en las costas procesales devengadas en la alzada, en cumplimiento de lo que dispone el artículo 398-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

1º No ha lugar a la nulidad de actuaciones solicitada por la representación de doña Diana.

2º Y estimando parcialmente, en lo demás, el recurso de apelación formulado por dicha litigante contra la sentencia dictada, en fecha 16 de abril de 2008, por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 3 de los de Madrid, en procedimiento de divorcio seguido, bajo el nº 31/2006, entre dicha litigante y don Manuel, debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución, y ello en el siguiente sentido:

-Se declara disuelto el matrimonio contraído por dichos litigantes, al amparo de la causa de divorcio 3ª del artículo 109 del Código Civil de Ecuador.

-Los hijos comunes no podrán salir del territorio español sin el consentimiento expreso de ambos progenitores y, en su defecto, autorización judicial, habiendo de librarse por el Órgano a quo las oportunas comunicaciones a las autoridades competentes.

-La entrega y recogida de los hijos, a fin de dar cumplimiento al régimen de visitas, se llevará a efecto a través del Punto de Encuentro Familiar más próximo al domicilio de aquéllos.

- - - -