

SAP Girona 18 julio 2007

(= divorcio entre cónyuges marroquíes)

Cuestiones:

1º) ¿Debe producir efectos jurídicos en España la sentencia de divorcio dictada en Marruecos?

2º) ¿Es aplicable al caso el Convenio bilateral entre España y Marruecos en materia de reconocimiento de sentencias?

3º) ¿Es aplicable a este caso el art. 22 LOPJ?

4º) ¿Qué Ley reige este divorcio?

5º) ¿Qué implicaciones presenta este caso en relación con el Derecho interregional?

SAP Girona 18 julio 2007

(= divorcio entre cónyuges marroquíes)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Antes resolver los concretos motivos de recurso planteados por el apelante contra la sentencia de primera instancia, es necesario determinar si la jurisdicción española es la competente para el conocimiento del divorcio de los litigantes, y en este caso, si el derecho material aplicable ha de ser el español o el marroquí, ya que esta es la nacionalidad de marido y mujer, aunque ambos residen en España desde hace años.

Dichas cuestiones han sido suscitadas en esta segunda instancia por el marido al haber aportado una sentencia de divorcio dictada en mayo de este año por un tribunal marroquí. En contra de las alegaciones efectuadas por la esposa cuando se le dio traslado del escrito presentado por el marido a tal efecto para que pudiera efectuar las consideraciones que tuviese por conveniente, este último no solo cuestiona que el pleito haya de resolverse aplicando el derecho español, sino también que los tribunales españoles sean competentes para hacerlo.

Lo primero que hay que remarcar es que es altamente sorprendente que ninguno

de los litigantes haya hecho la menor indicación a lo largo de toda la primera instancia de que entre ambos se estuviese siguiendo también un procedimiento de divorcio en su país de origen, en concreto, en Nador.

En cualquier caso, lo que se viene a interesar aún sin decirlo expresamente, es la existencia de cosa juzgada de una sentencia dictada por un tribunal marroquí de la que se dice que ha ganado firmeza.

El artículo 23 del Convenio de Cooperación Judicial, en materia civil, mercantil y administrativa entre el reino de España y el reino de Marruecos, establece que "las resoluciones judiciales en materia civil, mercantil y administrativa, dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes de España y Marruecos respectivamente, tendrán autoridad de cosa juzgada en el territorio del otro Estado, si reúnen las condiciones siguientes:

3. La resolución ha adquirido autoridad de cosa juzgada y ha llegado a ser ejecutiva conforme a las leyes del Estado en que haya sido dictada.

5. Que no se encontrase pendiente ningún proceso entre las mismas partes y por el mismo objeto ante algún órgano jurisdiccional del Estado requerido antes de iniciarse la acción, ante el tribunal que haya dictado la resolución que deba ejecutarse."

Por su parte, el artículo 28añade que "la Parte que invoque la autoridad de cosa juzgada de una resolución judicial o que reclame la ejecución de la misma, deberá presentar:

1. Una copia de la resolución que reúna todas las condiciones necesarias para su autenticidad.

3. Una certificación del Secretario del tribunal que haga constar que la resolución no ha sido objeto de recurso ni de apelación"

Empezando por los requisitos señalados en este último precepto, de la copia de la sentencia marroquí aportada en esta segunda instancia no se infiere que cumpla con todos los requisitos de autenticidad necesarios. Aún si se prescinde de esta cuestión formal, no se ha certificado su firmeza por el secretario del tribunal que la dictó. No consta, por consiguiente, que haya adquirido fuerza de cosa juzgada tal y como exige el artículo 23.3 del Convenio.

Por otra parte, si se examina el texto de dicha resolución se aprecia que el proceso de divorcio seguido por los aquí litigantes ante el tribunal de Nador se inició el año 2.006, según resulta del número que se le atribuyó. Es cierto que de su relato de hechos parecería que la demanda se presentó en febrero de 2.004, pero no lo es menos que ello parece un error, ya que en tal supuesto sería completamente imposible que se alegase en tal fecha una separación producida en agosto de 2.005, según se dice en esa misma resolución coincidiendo con lo que se acredita en el presente proceso.

Este último se inició mediante la demanda presentada el 20 de octubre de 2.005. Es decir, antes que empezase el proceso de Marruecos. Por consiguiente, no se cumple

el requisito exigido en el artículo 28.5 del Convenio, por lo que, incluso prescindiendo de las anteriores consideraciones, es evidente que ningún efecto puede tener la sentencia aportada a los efectos pretendidos.

Por lo demás, conforme al propio artículo 28 corresponde a quien lo alega la carga de probar la concurrencia de todos los requisitos establecidos en el Convenio para que la sentencia invocada tuviese fuerza de cosa juzgada, tal y como se refleja en las sentencias de la Audiencia de Navarra de 28 de junio de 2.004 y de la de Barcelona de 23 de abril de 2.003, cosa que el demandante no ha conseguido

Lo que queda claro es que ambos litigantes, al tiempo de presentar el marido la demanda de divorcio contencioso, estaban residiendo desde hacía años en Girona, concretamente en Palafrugell.

El artículo 22.3 de la LOPJ establece la competencia de los tribunales españoles "en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro". Queda claro, por tanto, que dicha norma de aplicación imperativa hace que la jurisdicción española sea competente para el conocimiento del procedimiento de divorcio de los litigantes.

No deja de ser sorprendente que el marido se someta en su demanda a los tribunales españoles y ahora pretenda, siquiera sea de pasada, que no tienen competencia para resolver un litigio iniciado a su instancia.

SEGUNDO. Dicho lo anterior, corresponde determinar cual ha de ser el derecho sustantivo de aplicación. Conforme a lo dispuesto en el artículo 107.2 del Código Civil, "la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda...". Ya que ambos tenían en dicho momento; y tienen actualmente; la nacionalidad marroquí, sería el derecho de Marruecos el aplicable, lo que lleva al problema de la acreditación de este derecho sustantivo extranjero.

El artículo 281.2 de la LEC establece que "el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación". El demandante aportó junto a su demanda unas fotocopias de un fragmento de un libro relativo al derecho de familia islámico y a la normativa marroquí sobre esta materia. Curiosamente lo hizo para alegar, al contrario que en esta segunda instancia, que no era aplicable al resultar contrario al orden público español. No existe elemento probatorio alguno (por ejemplo, una certificación consular) que permita constatar que efectivamente sea ese el derecho vigente actualmente en Marruecos, sin que las partes; y más concretamente el marido que es quien lo aportó para inmediatamente rechazar su contenido; hayan intentado ninguna prueba al respecto.

Por consiguiente, no queda acreditado el derecho marroquí.

En estos casos de falta de prueba del derecho extranjero, 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 estos no les es posible fundar con seguridad absoluta la aplicación del derecho extranjero, juzgarán conforme al derecho español (sentencias de 12 de enero y 21 de noviembre de 1.989, 10 de julio de 1.990, 19 de junio y 17 de diciembre de 1.991, 13 de abril de 1.992, 10 de marzo de 1.993, 31 de diciembre de 1.994, 25 de enero y 9 de septiembre de 1.992, 25 de enero de 1.999 y 5 de junio de 2.000).

Dentro de los distintos sistemas normativos civiles existentes en España, procede aplicar el derecho catalán, ya que ambos residen en Catalunya, por lo demás, continuamente invocado por ambas partes en sus respectivas alegaciones.

....

FALLAMOS

PRIMERO. Estimamos en parte el recurso de apelación presentado en nombre de Dolores contra la sentencia dictada en primera instancia en el curso del presente proceso y la revocamos en el siguiente sentido:

A/. El Sr. Afhir está obligado a pagar a favor del hijo común la pensión que se indica en la resolución apelada desde noviembre de 2.005, en la forma y con las actualizaciones previstas en ella.

- - - -