

**SAP Castellón 15 abril 2010**

(= divorcio entre cónyuges marroquíes)

***Cuestiones:***

1º) ¿Cuál es la consecuencia, según el tribunal, de la falta de prueba del Derecho extranjero?

2º) ¿Se trata de un divorcio de mutuo acuerdo contemplado por el art. 107.2 CC?

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Se aceptan parcialmente los de la sentencia apelada, en cuanto no se opongan a los siguientes:

PRIMERO Se alza la representación de la actora D<sup>a</sup>Cecilia contra la sentencia que viniendo a desestimar el divorcio interesado por no haberse acreditado el contenido de la Ley del Reino de Marruecos aplicable al caso como ley personal común conforme al art. 107 del CC dado que ambos cónyuges ostentan tal nacionalidad, se limita a arbitrar unas medidas sobre la hija común Soukaina en lo concerniente a la pensión alimenticia a cargo del padre Sr.Sixto y el régimen de visitas que habrán de seguir los progenitores.

Interesa la apelante del Tribunal la declaración formal de divorcio por entender que es de aplicación el Derecho del Estado español dado el contenido discriminatorio en perjuicio de la mujer del Derecho Marroquí en la materia, y en función de la conformidad de ambos cónyuges en tal divorcio. También se impugna cierto aspecto relativo al traslado en las visitas en función de la diferente localidad en que viven los progenitores de la hija menor.

El apelado no ha contestado al recurso, y el Fiscal se ha opuesto al mismo.

SEGUNDO Vistos los presupuestos decisorios que el caso presenta, no podemos compartir el razonamiento desestimatorio del divorcio.

Al margen de que ya el contenido del Derecho marroquí aparece como otros muchos en la página del Consejo del Poder Judicial al que se tiene fácil acceso, la solución de su improbativa no podría conllevar la desestimación por no tener Derecho que aplicar, dejando imprejuizada la pretensión deducida padeciendo la tutela judicial efectiva.

En nuestra Stcia de 28 de mayo de 2.008 dijimos: "La falta de acreditación del contenido y vigencia de las normas sustantivas del Derecho extranjero determina que la cuestión debatida se resuelva conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico(STS de 7 de septiembre de 1990 y 11 de mayo de 1989, 13 de diciembre de 2000 ). Y ello, porque como precisa laSTS de 17 de julio de 2001 «..esta Sala tiene reiteradamente declarado que cuando a los Tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero,

habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio (entre otras, SSTS de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 16 de julio de 1991 y 23 de marzo de 1994), lo que es consecuencia de la doctrina jurisprudencial relativa a que la aplicación del Derecho extranjero es cuestión de hecho y como tal ha de ser alegado y probado por la parte que lo invoque, siendo necesario acreditar, no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los órganos judiciales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente (por todas, SSTS de 4 de octubre de 1982 EDJ 1982/5671 y 12 de enero de 1989)».

Y por ej. la SAP de Gerona en Stcia de 9 de julio de 2.008 razona que si bien este tribunal de apelación que no le incumbe proceder a averiguar de oficio las normas de derecho extranjero con arreglo a las cuales debería resolverse la controversia suscitada, supliendo la total inactividad de las partes al respecto, esto no ha de desembocar en el resultado que dispensa la decisión de primera instancia de no dar lugar al divorcio por no haberse probado la Ley marroquí que se considera de aplicación, sino que ante tal omisión y falta de acreditación, lo procedente es acudir a la aplicación de las normas pertinentes del ordenamiento jurídico español, al objeto de no dejar imperejuzgada la pretensión deducida en la demanda.

TERCERO No obstante se ha prescindido de dos datos de relevante interés para la aplicación de la norma de conflicto que reenvía a la legislación aplicable: Primero que antes la actora y después el demandado están invocando normas del CC español relativas al divorcio y a sus consecuencias; y en segundo lugar, que ambos de forma coincidente interesan el divorcio.

Pues bien, expresamente dispone el art. 107 del Código Civil, en su apartado 2, (la actual redacción del referido artículo del Código Civil fue dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros) que la separación y el divorcio se regirán por la Ley Nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la Ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la Ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.

En todo caso, se aplicará la Ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:

- "a) Si no resultase aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.
- 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.
- c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público".

En el presente caso, aunque ambos cónyuges lo hayan hecho por separado en su respectiva demanda y contestación, dado que los dos están pretendiendo el divorcio, el caso evidentemente se reconduce al apartado b del precepto, de modo que debe aplicarse el Código Civil español, dando lugar al divorcio de conformidad con los arts. 86, 81.2, 91 y concordantes

Se estima el motivo principal del recurso.

CUARTO Distinta suerte debe correr el motivo segundo del recurso.

Se trata del tema referente al desplazamiento de la menor a la población de Cabanes para la visita de unas horas los sábados, a costa de la madre que será encargada de llevarla desde Villafamés. Se trata de una distancia corta de tan solo unos 14 Kmts, y no consideramos que haya de ser el padre quien debe hacer a su costa el desplazamiento para ver a su hija cuando ha sido la madre por conveniencia la que ha puesto la distancia, al menos por el momento, y teniendo muy en cuenta -como ha hecho el juzgador de primer grado- la disposición coche de la madre para poder realizar el transporte, medio que permite una libertad de uso ajustada al horario establecido para la visita, lo que seguramente no permitiera el horario fijo de un servicio público de autobús . Además el que la visita se desarrolle en Cabanes permite al padre hacer la estancia de la menor más cómoda al contar con vivienda, y más económica para no tener que comer en algún restaurante con la hija o de bocadillos en cualquier parte como si fuera en Villafamés donde no vive el padre .

QUINTO No hay pronunciamiento en cuanto a costas de alzada en virtud de la estimación parcial del recurso.

Vistos los arts. citados y demás de general aplicación:

**FALLAMOS**

Estimamos parcialmente el recurso interpuesto por la representación de D<sup>a</sup>Cecilia contra la sentencia de 26 de mayo de 2.010 del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia de núm. 7 de Castellón dada en el J. de Divorcio núm. 704/08, dando lugar y declarando el divorcio de D<sup>a</sup>Cecilia y D.Sixto , manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia apelada que se refieren a las medidas definitivas derivadas de la disolución del vínculo matrimonial.

- - - -