



Crónicas

¿Reducir el déficit público a costa de la seguridad jurídica?



Oficina judicial

La interposición de recursos tras la macrorreforma procesal

Ejercer

El juicio como herramienta de fidelización de clientes

TRIBUNA

Operaciones vinculadas: ¿a qué atenernos?, por David Fernández y Alberto Casale

Luis Romero

Abogado

«Lo más criticable del nuevo Código Penal es que conculca el principio de intervención mínima»



Cómo actuar ante la separación y divorcio de mutuo acuerdo de extranjeros en España

En un mundo globalizado, se impone conocer y manejar con soltura las herramientas de Derecho internacional privado. En este sentido, conviene tener en cuenta el decisivo Reglamento propuesto en el seno de la Unión Europea sobre la ley aplicable a los casos de divorcio y separación.

ANNA M. VIDAL I CARDONA
Abogada Bufete Jurídico
Internacional Vidal i Cardona.
Doctora en Derecho



mundo internacionalmente relacionado y globalizado debemos aprender a utilizar esas herramientas legales con normalidad también en Derecho de familia. Para realizar un buen análisis de un caso como el expuesto es imprescindible estudiar detalladamente cada uno de los siguientes elementos: la determinación de los tribunales competentes, la ley aplicable y la prueba del Derecho extranjero.

Tribunales competentes

Dicha verificación es necesariamente la primera porque debemos determinar que los tribunales españoles son los que pueden conocer del divorcio y sólo nos debemos centrar en este aspecto sin preocuparnos, por el momento, por la ley aplicable.

Para comprobar si los tribunales españoles son competentes debemos acudir al Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que desplaza las normas internas incluso en el caso de extracomunita-

rios. Este Reglamento comunitario establece diversos puntos de conexión posibles.

Ley aplicable

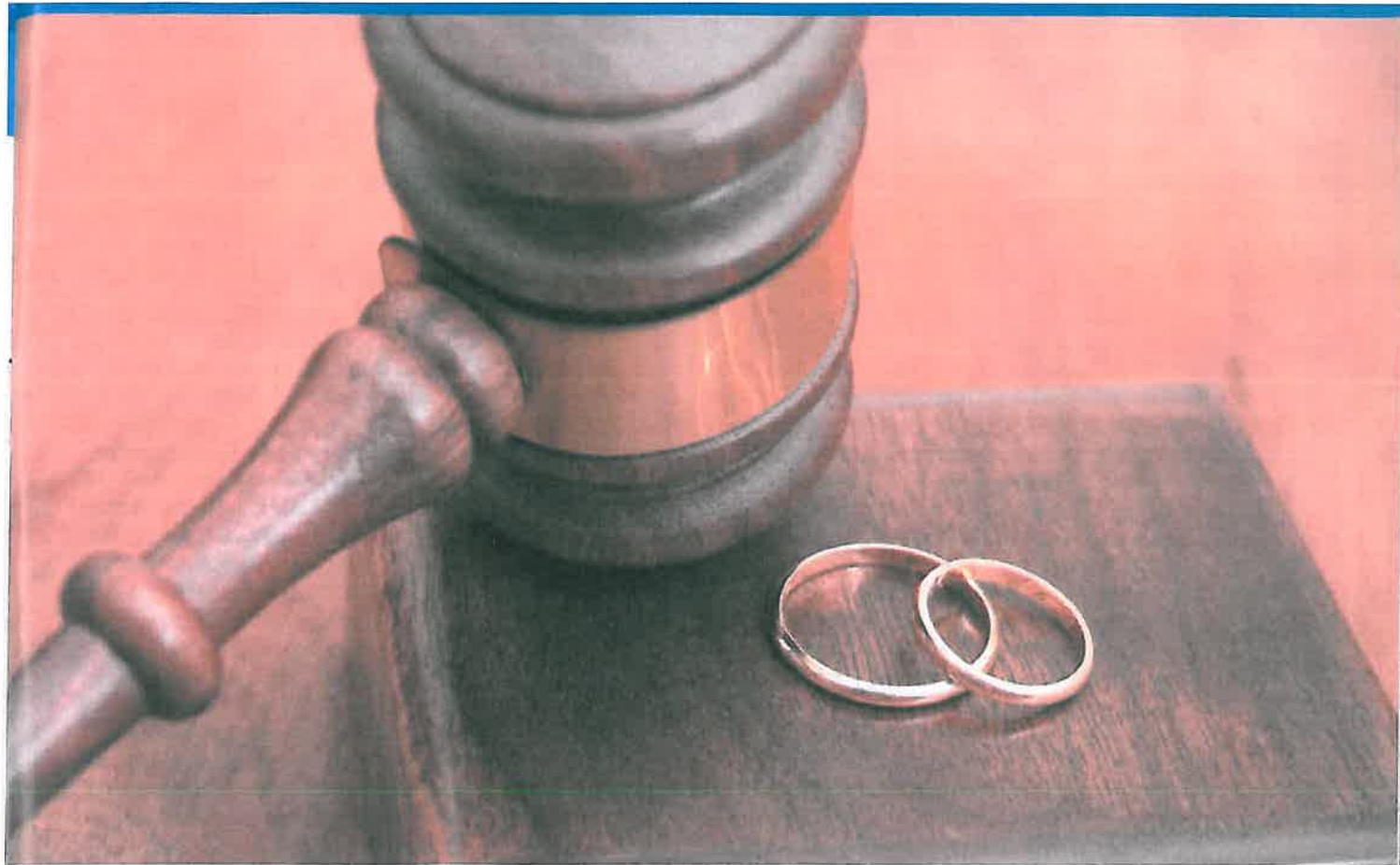
En segundo lugar, debemos plantearnos qué ley deberá aplicar a este divorcio el tribunal español competente. Nuestro ordenamiento limita el uso de la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de familia y ello continúa siendo así en el caso de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado a los conflictos de familia internacionales. Por ello, debemos acudir imperativamente a las normas de conflicto de momento contenidas en el Código Civil. La determinación de la ley aplicable al divorcio se encuentra en el artículo 107. Dicho precepto no se aplica al régimen económico matrimonial de la pareja y, por tanto, tampoco a su disolución.

El actual artículo 107 del CC es fruto de la reforma operada en el año 2003 a raíz de una recomendación del Defensor del Pueblo que pretendía introducir un principio de autonomía de la voluntad, pero el texto final del

Caso práctico

Dos argentinos residentes en España, casados en Argentina y con dos hijos menores de edad, acuden a nuestro despacho tras decidir divorciarse de mutuo acuerdo.

La confusión de conceptos en el ámbito del Derecho internacional privado es habitual en la mayoría de operadores jurídicos. Su complejidad aboca a ello, pero en un



nuevo artículo es confuso y abandona esa idea y opta por incluir una cláusula especial de orden público, sin introducir ningún criterio innovador.

Establece el párrafo segundo del artículo 107.2 que en todo caso se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España en tres supuestos concretos:

¶ Si no resulta aplicable ninguna de las leyes posibles según el párrafo primero del precepto (la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento; en defecto de ésta, la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado).

¶ Si la demanda se presenta de mutuo acuerdo o por uno con el consentimiento del otro.

¶ En el caso de que la ley designada en el párrafo primero no reconociera la separación o el divorcio o lo hiciera de forma discriminatoria o contraria al orden público.

En consecuencia, en una separación o divorcio de mutuo acuerdo no hay posibilidad de escoger el Derecho aplicable; se aplicará necesariamente la ley española por imperativo del artículo 107.2 del CC. La jurisprudencia también se ha encargado de fijar este extremo.

La norma de conflicto recogida en el Código Civil no responde a la recomendación del Defensor del Pueblo de introducir un principio de autonomía de la voluntad

Por lo tanto, en estos casos, desplazando lo establecido en el párrafo primero, cuando se trate de un divorcio o separación de mutuo acuerdo y uno de los cónyuges resida en España, se aplicará ley española aunque en el momento de la demanda

no haya nacionalidad común ni la residencia habitual común sea en España ni la nacionalidad común sea la española.

Como no se introduce la posibilidad de la autonomía de la voluntad en la elección de la ley aplicable, resulta que las partes no podrán interponer un divorcio de mutuo acuerdo según la legislación de su nacionalidad o de su residencia habitual común o de su última residencia habitual común si estos criterios llevan a leyes diferentes de la española, ya que sólo lo podrán hacer según la ley española.

Esta situación lleva al absurdo ya que las partes pueden llegar a un acuerdo, pero este acuerdo tiene que ser necesariamente según la ley española, no puede ser según la ley extranjera porque imperativamente lo determina el artículo 107 y ello aunque la legislación extranjera no sea contraria al orden público, ni perjudique los intereses de ninguno de los miembros de la familia. No pueden entonces las partes acordar un divorcio de mutuo acuerdo escogiendo aplicar la ley extranjera.

No obstante, el artículo 107 CC no se aplica a todas las cuestiones jurídicas existentes en un divorcio. La ley aplicable al régimen económico matrimonial viene determinada por el artículo 9.2 CC, que sí permite la elección del régimen económico matrimonial. Ello posibilita la entrada indirecta de la elección de ley. No se permite la autonomía de la voluntad para elegir la ley aplicable a los efectos del matrimonio pero sí elegir el régimen económico matrimonial, que puede ser distinto del régimen económico legal supletorio por aplicación de dicha ley que rige los efectos del matrimonio.

Se debería instaurar un mecanismo más fácil, ágil y económico de la prueba del Derecho extranjero

Por ello, tendremos un divorcio de mutuo acuerdo que se regirá por la ley española, pero dicha ley española no alcanza al régimen económico matrimonial ni a su liquidación.

¿Alcanza la ley aplicable al divorcio de mutuo acuerdo a los acuerdos alcanzados respecto de los regímenes de guarda y custodia, visitas y alimentos de los hijos menores? Como ya hemos expuesto, en Derecho internacional privado nada es sencillo ni fácil. La unidad de la relación familiar y la simplicidad del proceso con relación a los justiciables aconsejan soluciones fáciles; ello nos lleva a mantener la postura de atracción de todos estos conceptos bajo la ley aplicable a la separación o divorcio, sobre todo en un mutuo acuerdo, a fin de obtener una respuesta global sobre la ruptura familiar al amparo de un mismo para-

guas, pero, estrictamente, lo cierto es que se recogen diferentes normas de conflicto para las distintas relaciones jurídicas.

La ley aplicable a las relaciones paterno-filiales es la ley personal del hijo. En un Derecho de atribución de la nacionalidad *ius sanguini*, difícilmente los hijos de extranjeros tendrán nacionalidad española, por lo que nos encontraremos que deberíamos aplicar el Derecho español al divorcio o separación de mutuo acuerdo en todo caso y, en cambio, deberíamos aplicar el Derecho extranjero a las relaciones paterno-filiales.

En relación con la ley aplicable a los alimentos reclamados o fijados para los hijos en el caso de ruptura matrimonial, el planteamiento sería el mismo, aunque en este caso la práctica suaviza el problema al amparo de

la normativa internacional suscrita por España desde ya hace tiempo: los tratados que han venido a desplazar las normas internas determinan, como criterio básico, el de la residencia habitual de acreedor de los alimentos, que, evidentemente, plantea menos problemas si, de conformidad con el artículo 107.2 del CC, ya se aplica la ley española (que normalmente es el de la residencia) a los extranjeros residentes en España que accionan un divorcio de mutuo acuerdo. El posible juego que se introduce en los nuevos instrumentos sobre obligaciones alimenticias al uso de la autonomía de la voluntad para dichas obligaciones continúa posibilitando, en todo caso, el recurso a la ley de la residencia habitual, suavizando así, igualmente, el conflicto en dicho punto.

Prueba del Derecho extranjero

Llegado a este estado de la cuestión, ¿es necesario probar el Derecho que debe aplicarse a los acuerdos de disolución del régimen económico matrimonial? El régimen aplicable no debe acreditarse propiamente, viene determinado por la norma de conflicto de aplicación imperativa.

En la práctica, seguramente no habrá problema si no se acredita el Derecho extranjero con base en el cual se realiza la liquidación. Es una solución habitual: las dos partes están de acuerdo, nadie va a impugnar dicho régimen y, seguramente, dado el volumen de trabajo, nadie en sede judicial advertirá el elemento de extranjería y se aprobará el convenio sin más. No obstante, técnicamente, estamos ante un mutuo acuerdo y el Derecho extranjero debe ser acreditado y probado según los artículos 265 a 268 LEC. ¿Debemos, en un mutuo acuerdo, probar documentalmente todo lo que alegamos y acordamos? Se impone, por lógica, una respuesta negativa al amparo de la LEC. Por ello, entiendo que no es estrictamente necesario realizar una prueba del Derecho extranjero en este caso. Entrar en esa prueba lo



único que supondrá es complicar el proceso y dificultar la aprobación del convenio habida cuenta de lo dificultoso de dicha prueba.

Dicho esto, no debe actuarse en este caso como si se tratara de un caso puramente interno; que mantengamos la innecesidad de la prueba del Derecho extranjero aplicable a la liquidación del régimen matrimonial practicada en un convenio regulador de mutuo acuerdo como requisito imprescindible para su tramitación y aprobación no quiere decir que prescindamos de ese Derecho extranjero. El profesional encargado del tema debe conocer dicho Derecho aplicable y disponer de sus textos e interpretaciones; incluso es aconsejable aportar un principio de prueba con la demanda e invocar los posibles convenios internacionales sobre prueba de Derecho extranjero para que el juez de oficio requiera la información que considere oportuna, o para estar dispuesto a subsanar o ampliar dicha prueba si es requerido por el juzgado, teniendo en cuenta que es posible proponer dicha prueba en el procedimiento de mutuo acuerdo según la propia LEC y que el juzgador podría intervenir en la misma.

En ningún caso entiendo que se pueda desestimar la demanda de divorcio de mutuo acuerdo por esa falta de prueba del Derecho extranjero aplicable a la liquidación del régimen matrimonial, porque la acción principal que se ejercita es el divorcio, a la que se aplica la ley española, que a su vez se guía por el principio *iure novit curia*.

Por otro lado, cabe tener presente la jurisprudencia del TC que ha venido a sancionar, en cierta manera, la postura favorable a la aplicación del Derecho español en caso de no acreditación del Derecho extranjero y a favorecer esta posición entre la jurisprudencia menor, aunque con excepciones.

La respuesta es necesariamente distinta en caso de divorcio conten-

Normativa y jurisprudencia aplicable

Normativa

■ **Tribunales competentes.** Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003).

■ **Ley aplicable.** Artículos 9.2, 9.4 y 107 del Código Civil, sobre ley aplicable a los efectos del matrimonio, a las relaciones paterno-filiales y al divorcio, separación y nulidad; Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 (BOE 222, de 16 de septiembre de 1986) en materia de alimentos, que desplaza la normativa del Código Civil; Reglamento (CE) 4/2009, de 18 de diciembre de 2008 (DOUE L7 de 10 de enero de 2009), totalmente vinculado al reciente Convenio de La Haya sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia (hecho el 23 de noviembre de 2007) y su Protocolo 1 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (hecho el 23 de noviembre de 2007).

■ **Prueba del Derecho extranjero.** Artículos 280 y 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; Convención Interamericana de 8 de mayo de 1979 sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo (BOE 11, de 13 de enero de 1988).

Jurisprudencia

■ **Sobre la aplicación del Reglamento (UE) 2201/2003 a los extracomunitarios.** STJCE 3.ª de 29 de noviembre de 2007 (Rec. C-68/2007).

■ **Sobre la ley aplicable al divorcio de mutuo acuerdo.** AAP Barcelona, Secc. 18.ª, de 11 de enero de 2007 (Rec. 734/2006); AAP Barcelona, Secc. 18.ª, de 28 de noviembre de 2006 (Rec. 385/2006); AAP Barcelona, Secc. 18.ª, de 25 octubre de 2005 (Rec. 126/2005); AAP Barcelona, Secc. 12.ª, de 13 de septiembre de 2007 (Rec. 502/2007).

■ **Sobre la aplicación del Derecho extranjero.** STC 10/2000, de 17 de enero; STC 155/2001, de 2 de julio; STC 33/2002, de 11 de febrero.

cioso, supuesto en el que estaríamos pidiendo al juez que aplique una legislación extranjera para determinar una liquidación del régimen económico matrimonial sobre la que hay conflicto y sobre la que debe analizarse cuál de las peticiones se ajusta a la ley extranjera aplicable. En un caso contencioso entre nacionales del mismo país extranjero, además, toda la legislación aplicable al divorcio, incluidas sus causas y efectos, sería la ley extranjera y, por tanto, la prueba de ese Derecho que se invoca, a la luz de la norma imperativa de Derecho

internacional privado, debe ser aportada a juicio de manera plena desde la demanda. Una actuación distinta sería una mala práctica profesional, aunque se mantenga la postura favorable a la aplicación del Derecho español, y ello con independencia de reclamar una prueba más ágil del mismo, utilizando los nuevos medios tecnológicos, conexiones telemáticas a redes oficiales, por ejemplo, u otros mecanismos que ya empiezan a mencionarse en algunos instrumentos comunitarios o internacionales y huir del sistema tradicional de los dos jurisconsultos,

Normativa en preparación

El pasado marzo se aprobaba la Propuesta de Reglamento comunitario sobre ley aplicable al divorcio y separación, pendiente de adoptar sólo para 11 Estados miembros entre los que se encuentra España, en el marco del proceso de cooperación reforzada (COM (2010) 105 final (Bruselas, 24.3.2010) Propuesta de Reglamento (UE) del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial).

El Reglamento prevé introducir la autonomía de la voluntad y permitir a los esposos escoger la ley aplicable a su divorcio entre las siguientes posibilidades en el momento de concluir por escrito el pacto: ley de la residencia habitual común; ley de la última residencia habitual común si uno de los dos aún reside allí; ley de la nacionalidad de uno de los esposos; ley del tribunal que conoce del divorcio. Además, la elección de ley es el primer punto de conexión; sólo en caso de que no exista elección de ley aplicable se deberá recurrir a los otros puntos de conexión fijados en el Reglamento.

El 24 de marzo fue publicada la Propuesta, junto con una nota de prensa y un documento aclarativo de Preguntas Frecuentes, en la sección de Noticias de la sede web de la Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad de la Comisión: http://ec.europa.eu/justice_home/news En la base de datos EUR-Lex <http://eur-lex.europa.eu> puede descargarse la versión en español, desde la sección Trabajos preparatorios, introduciendo año (2010) y número de propuesta (105).

demasiado caro e inaccesible en un mundo globalizado donde los justiciables, en el ámbito de Derecho de familia internacional, ya no son sólo las clases acomodadas, sino todo lo contrario.

Resolución del supuesto

De la aplicación de la legislación descrita al caso práctico expuesto resulta lo siguiente:

■ **Los tribunales españoles serán competentes.** Siendo los cónyuges residentes en España, donde se halla la residencia habitual de ellos y sus hijos, es evidente que los tribunales españoles serán competentes al amparo del Reglamento comunitario.

■ **La ley aplicable al divorcio es la ley española,** no debe aplicarse la ley de la nacionalidad común. Por tanto, para las posibles causas de di-

vorcio y sus efectos en un divorcio de mutuo acuerdo de dos extranjeros residentes en España regirá, sin lugar a dudas, la ley española, de conformidad con el artículo 107.2 del Código Civil, y ello aunque ambos cónyuges tengan la misma nacionalidad no española en común. Es lógico pensar que, si ambos son argentinos, quieran disolver su matrimonio de conformidad con la normativa argentina, pero el legislador no ha dejado la puerta abierta a la autonomía de la voluntad y, por imperativo legal, si se divorcian de mutuo acuerdo dos extranjeros en España, se aplicará la ley española, mientras que en un caso contencioso se aplicaría la ley argentina.

No puede aplicarse a este divorcio su legislación argentina que es la nacionalidad común. Ello es así hasta que la nueva normativa europea que permite una autonomía de la volun-

tad limitada pueda ser aplicada (ver recuadro).

■ **Ley aplicable a la liquidación del régimen económico matrimonial.** Sólo respecto a la liquidación de dicho régimen podrá aplicarse al caso de nuestra pareja argentina su Derecho nacional común, si es que nunca hicieron un pacto distinto para aplicar otro régimen matrimonial, ya que la ley que rige los efectos del matrimonio, incluso los patrimoniales, viene determinada por la ley personal común al tiempo de contraerlo. Por ello, en el caso de ejemplo, y remitiéndonos al hecho de que el primer domicilio conyugal está en Argentina y que nunca hicieron pactos matrimoniales, se les deberá aplicar el Derecho argentino que es un régimen de sociedad de gananciales, aunque no el régimen de sociedad de gananciales de nuestro Código Civil.

■ **Ley aplicable a las relaciones paterno-filiales.** Aunque la ley aplicable a las relaciones paterno-filiales sea la ley personal del hijo, que es la ley de la nacionalidad, podríamos tener dos soluciones distintas: aplicación de la ley española si los hijos hubieran nacido en España, ya que, por aplicación del criterio general de *ius soli* seguido por la legislación argentina para el otorgamiento de la nacionalidad, se favorece al amparo de nuestra legislación que los menores argentinos puedan adquirir la nacionalidad española.

Si los menores hubieran nacido en Argentina y llegado a residir en España teniendo esta nacionalidad, se aplicaría la ley argentina a no ser que hubieran adquirido la nacionalidad española por residencia.

■ **Ley aplicable a los alimentos.** Es la ley española.

Deberíamos aportar un principio de prueba del Derecho extranjero y conocerlo para saber si las soluciones que se recogen en el acuerdo de conformidad con la ley argentina son correctas y poder aportarlo al juzgado de ser requerido.