

IV.1.- Prueba del derecho extranjero

IV.A.1.- Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 3ª, S 13-6-2008, nº 416/2008, rec. 695/2007. (EDJ 2008/158367)

Se desestima la demanda de divorcio, confirmando la sentencia de primera instancia, por inactividad de las partes en la prueba del derecho extranjero, por tratarse de un matrimonio de dos nacionales ecuatorianos, alegando que éstos debieron de haber acreditado el derecho ecuatoriano en materia de divorcio, por ser esta la ley aplicable correspondiente a su nacionalidad común.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda de divorcio solicitado por la apelante al considerar que al ser ambos contrayentes de nacionalidad Ecuatoriana y regirse el divorcio por su Ley nacional debió ser acreditado el derecho Ecuatoriano, en materia de divorcio, se alza la actora señalando, en primer término que el derecho aplicable es el español, en contra de lo manifestado en la sentencia pues, según lo establecido en el art. 107 CC [EDL1889/1](#) se aplicará la Ley española en todo caso cuando uno de los cónyuges resida habitualmente en España y en el presente caso ambos cónyuges residen en España tal y como consta acreditado en autos y, en segundo lugar que según lo dispuesto en el artículo 281 LEC [EDL2000/77463](#) la prueba del derecho extranjero recae sobre la que lo invoque aparte de que es doctrina la que señala que el derecho extranjero puede conocerse por cuantos medios de averiguación estime el tribunal.

Como cuestión previa señalar que los casos como el presente de crisis matrimoniales, debe atenderse en virtud de la norma de remisión contenida en el artículo 9.2.2º CC [EDL1889/1](#), a lo dispuesto en el artículo 107 CC [EDL1889/1](#), y en cuyos supuestos, sin perjuicio de cuanto seguidamente se dirá, en modo alguno resulta de aplicación el Derecho español aún de forma subsidiaria.

En primer término la residencia de uno de los cónyuges en territorio Español no hace aplicable el derecho español, en todo caso, sino cuando concurre alguno de los presupuestos que bajo los epígrafes a; b y c se consignan a continuación del segundo párrafo del artículo 107 CC [EDL1889/1](#), es decir que resultará aplicable al divorcio (que es el caso) la ley española cuando cumulativamente concurren dos requisitos: primero, que uno de los cónyuges resida habitualmente en España; y segundo, alguno de los supuestos previstos en los epígrafes señalados, y si bien no existe controversia acerca de la concurrencia del primer requisito, residencia en España, nada se alega, ni se prueba, sobre la concurrencia de alguno de los supuestos previstos a continuación (no aplicación de alguna de las leyes de referencia; petición del divorcio por ambos cónyuges o por uno con consentimiento del otro o que la

Ley que resultaría aplicable no reconoce el divorcio o lo hace de forma indiscriminada o contraria al orden público) que la separación (o el divorcio) se pida por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

En segundo término, en contra de lo señalado en el recurso, no se infringió por el Juzgador lo dispuesto en el artículo 281 LEC [EDL2000/77463](#) pues si bien dicho precepto permite al juzgador a averiguar por todos los medios que estime necesarios el Derecho extranjero aplicable, no le obliga a ello, recayendo sobre la parte la obligación de alegar y probar la vigencia y contenido del derecho ecuatoriano dado que es evidente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 107 CC [EDL1889/1](#), que el presente pleito debe de resolverse necesariamente de conformidad con el derecho Ecuatoriano al ser la ley nacional común de los dos cónyuges, lo cual es cuestión de orden público de cuya aplicación no pueden las partes sustraerse. La intervención del Juez solo puede ser complementaria de la labor de las partes, pero nunca sustitutiva de su inactividad; inactividad ésta que es la causa única de la desestimación de la demanda. Criterios éstos que confirma la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de diciembre de 2000 [EDJ2000/49731](#) al exponer que es doctrina de la Sala 1ª considerar al derecho extranjero como cuestión de hecho que, por tanto, corresponde alegar y probar a la parte que lo invoca (SSTS de 11 de mayo de 1989 [EDJ1989/4902](#) y de 3 de marzo de 1997 [EDJ1997/497](#)); que los órganos judiciales tienen la facultad pero no la obligación, de colaborar con los medios de averiguación que consideren necesarios (SSTS de 9 de noviembre de 1984 y 10 de marzo de 1993 [EDJ1993/2390](#)); que no puede en España aplicarse de oficio la ley extranjera, cuando la misma no ha sido alegada suficientemente (sentencia de 23 de octubre de 1992 [EDJ1992/10381](#)).

- Cuestiones a resolver: generales

- 1. ¿Cuál sería el Derecho aplicable a este supuesto de divorcio entre dos personas extranjeras?**
- 2. ¿Puede el juez aplicar de oficio el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española?**
- 3. ¿Qué problemas plantea el archivo de la causa por falta de alegación del Derecho extranjero?**
- 4. ¿De qué medios disponen las partes para alegar y probar el Derecho extranjero?**

IV.A.2.- Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 18ª, S 3-6-2008, nº 381/2008, rec. 158/2007. (EDJ 2008/135904)

Alegación y prueba del derecho extranjero aplicable por una de las partes a requerimiento del tribunal: Prueba negativa del derecho alemán. No puede aplicarse el derecho alemán porque desconoce la separación judicial. Se aplica subsidiariamente el derecho español. En concreto, se aplica el “Codi de Família” al tener las partes su última residencia habitual en Cataluña.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- (...) A todo ello se opuso el demandado alegando que era de aplicación el Derecho Alemán, y que interpuso demanda de divorcio en Alemania antes de la notificación de la demanda de autos, peticionando que no se diera lugar a la misma.

La sentencia recurrida desestima la demanda con fundamento en que no se ha probado el Derecho extranjero, Derecho que es de aplicación según lo dispuesto en los arts. 12 y 107 CC, y contra la misma se alza la apelante alegando que quien alegó el Derecho extranjero fue el esposo, e insiste en su solicitud inicial.

A instancia de esta Sala se requirió a la apelante a fin de que informara sobre la situación del procedimiento de divorcio en Alemania, dado que el acto del juicio estaba previsto para el 21-6-2006. Tal requerimiento se evacuó en el sentido de que tal vista había sido suspendida, y que el Derecho Alemán desconoce la separación judicial, por lo que han recurrido al Derecho del Estado de su residencia habitual, España, ello con la finalidad de regular las relaciones entre las partes hasta que se dicte sentencia de divorcio. También manifestó que se sigue en Alemania otro procedimiento de alimentos para después del divorcio, así como una cuestión correlativa para la liquidación del régimen de participación en ganancias.

SEGUNDO.- Establece el art. 12 CC EDL1889/1 que las normas de conflicto son aplicables de oficio. El art. 9 CC EDL1889/1 señala que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad; dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte; añade que la nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el art. 107 CC EDL1889/1, es decir, por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda. Las partes son de nacionalidad alemana y contrajeron matrimonio en Alemania.

Pues bien, como ya se dijo en la sentencia de esta Sala de 17-4-2007 , ciertamente la doctrina mayoritaria del TS en sus sentencias, entre otras, de 17-7-2001 y 5-3-2002 , ha mantenido la aplicación del Derecho nacional cuando el Derecho extranjero no haya sido probado, para evitar el vacío

jurídico y evitar indefensión, pero es de destacar que la sentencia del mismo Tribunal de 4-7-2007 , viene a decir que el derecho extranjero se aplica porque lo exige la norma de conflicto; es tratado como un hecho y por ello debe ser objeto de alegación y prueba; incluso la sentencia de 10-6-2005 llega a afirmar que la norma jurídica extranjera viene designada por la norma de conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento que el Tribunal debe aplicar de oficio. De todo ello se desprende que la imperatividad de las normas de conflicto faculta a los jueces y Tribunales a introducir la aplicación del Derecho extranjero que se derive de las normas del procedimiento, de manera que no es imprescindible que su aplicación sea alegada por las partes, sino que puede ser introducida de oficio por el juez.

Sentado lo anterior, el tema está ahora en resolver sobre la prueba de tal derecho extranjero. Al respecto, la sentencia del TS de 4-7-2006, en su Fundamento de Derecho Segundo, 3º , viene a decir que si bien el art. 281.2 LEC EDL2000/77463 , semejante al derogado art. 12, 6, 2 CC EDL1889/1 , establece que el Juzgador podrá valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, nunca podrá suplir la prueba del derecho extranjero, sino que podrá recabar de las partes que se aporten los documentos correspondientes. Y esto es lo que ha llevado a la Sala a formular el requerimiento que efectuó, del que se desprende que no se pueden aportar las normas del derecho alemán porque desconoce la separación judicial, y como dice la representación de la apelante, "los hechos negativos no se pueden demostrar". En consecuencia, si es aplicable de oficio el Derecho Alemán, si se ha recabado la prueba del mismo, y esa prueba ha resultado negativa porque la separación matrimonial no se contempla en el Derecho Alemán, será de aplicación el art. 107.2 CC EDL1889/1 después de la reforma por la Ley 11/2003 que obliga a aplicar el Derecho español, más en concreto el Codi de Família al tener las partes su última residencia habitual en Castelldefels desde el año 1974.

- Cuestiones a resolver:

- 1. ¿El derecho alemán ha sido suficientemente alegado y acreditado por las partes?**
- 2. ¿Qué problemas de Derecho internacional privado se plantean en este supuesto?**
- 3. ¿Sería de aplicación el Código civil o el Derecho foral catalán?
¿Por qué?**
- 4. ¿Resulta conveniente la aplicación del Derecho español pese al mandato de la norma de conflicto?**