

MÁSTER EN ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

DIVORCIO INTERNACIONAL Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES



Universidad de Valladolid

Alumna: Paula Revilla Martín

Tutora: Carmen Vaquero López

Valladolid, enero de 2017

ÍNDICE

1. ANTECEDENTES DE HECHO	3
2. FUNDAMENTOS DE DERECHO	4
2.1. Introducción.....	4
2.2. Reconocimiento en España de la sentencia de divorcio dictada por el tribunal alemán.....	5
2.2.1. Competencia del tribunal alemán.....	5
2.2.2. Reconocimiento de la sentencia alemana en España.....	8
2.2.3. Posibilidades de reconocimiento de la resolución alemana.....	12
2.2.3.1. El reconocimiento automático.....	12
2.2.3.2. El reconocimiento por homologación.....	13
2.2.4. Elección del método de reconocimiento de la sentencia de divorcio alemana....	14
2.2.5. Competencia de los tribunales españoles en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales.	16
2.3. Ley aplicable a la liquidación de la sociedad de gananciales.....	21
2.4. Prueba del Derecho alemán.....	24
2.4.1. Carga de la prueba del Derecho alemán.....	24
2.4.2. Consecuencias de la falta de alegación o prueba del Derecho alemán.....	28
2.4.3. Práctica de la prueba del Derecho alemán.....	31
3. CONCLUSIONES	34
BIBLIOGRAFÍA	36
JURISPRUDENCIA	39

1. ANTECEDENTES DE HECHO

El Sr. Schweizer, de nacionalidad alemana, y la Sra. González, de nacionalidad española contrajeron matrimonio en 1992 en la ciudad alemana de Erlangen, donde fijaron su residencia común.

Otorgaron capitulaciones matrimoniales ante Notario alemán para modificar su régimen económico matrimonial, estableciendo una sociedad de gananciales desde el momento de celebración del matrimonio. Inscribieron el matrimonio y la escritura pública de capitulaciones matrimoniales tanto en el Registro Civil alemán como en el español.

Desde el momento en que se casaron, aparecen censados tanto en España como en Alemania, pues pasaban algunas temporadas largas en nuestro país, habiéndose inscrito en el padrón municipal de la localidad natal de la Sra. González (Laguna de Duero, Valladolid), donde adquirieron una vivienda.

En junio de 2014, el Sr. Schweizer interpuso demanda de divorcio ante el Landgericht de Baviera, que dictó sentencia el 1 de septiembre de ese mismo año declarando disuelto el matrimonio y el régimen económico matrimonial.

El 15 de julio, la Sra. González decidió regresar a España, fijando su residencia habitual en la casa adquirida durante el matrimonio en la localidad de Laguna de Duero, y comenzó a trabajar en una multinacional con sede social en Valladolid a partir del 1 de septiembre de 2014.

Dado que la sentencia de divorcio no se pronunció sobre la liquidación del régimen económico matrimonial, la Sra. González entabló conversaciones con su ex cónyuge para promover la liquidación de la sociedad de gananciales. Tras varios intentos fallidos de llegar a un acuerdo en cuanto a la división entre las partes del patrimonio común, la Sra. González pretende llevar a cabo en España el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1. Introducción

Tras la exposición de los antecedentes de hecho durante la primera consulta, la Sra. González plantea a esta Letrada cuál es el proceso a llevar a cabo para conseguir el reparto de los bienes de la sociedad de gananciales, a lo que se dará respuesta a través del presente dictamen jurídico.

Para dar una solución a la clienta, en primer lugar se comprobará si el tribunal alemán era el competente para conocer del divorcio, pues la Sra. González no comprende por qué no se llevó a cabo en España dicho proceso judicial, y a partir de ahí se analizará si es posible el reconocimiento de la sentencia de divorcio alemana en España, así como los pasos a seguir para que la resolución extranjera surta efectos en nuestro país en el caso de que sí sea posible el reconocimiento.

En segundo lugar, teniendo en cuenta que se trata de una situación en la que entran en juego dos ordenamientos jurídicos (el alemán y el español), resulta necesario fijar la ley que regirá el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

Y por último, si el Derecho alemán es el aplicable en virtud de la norma de conflicto española, será preceptiva la fundamentación de la demanda de división judicial de patrimonios en virtud de la legislación alemana, y la acreditación de esa normativa. Por lo tanto, también se explicará en este dictamen cómo debe efectuarse la alegación y prueba del Derecho extranjero.

2.2. Reconocimiento en España de la sentencia de divorcio dictada por el tribunal alemán.

2.2.1. Competencia del tribunal alemán.

Antes de entrar a valorar la posibilidad de reconocer en España la resolución judicial alemana, comprobaremos previamente, a petición de la clienta, si los tribunales alemanes eran los competentes para conocer del divorcio.

Al tratarse de competencia en materia matrimonial, y teniendo cuenta la primacía del Derecho comunitario respecto a la legislación interna de los Estados Miembros, resulta de aplicación, el Reglamento del Consejo 2201/2003, 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 (en adelante Reglamento Bruselas II bis). Lo dispuesto en este Reglamento vincula tanto a España como a Alemania, pues ambos cumplen la definición de “*Estado miembro*” del Reglamento establecida en su artículo 2.3): “*todos los Estados miembros -refiriéndose a los de la Unión Europea- a excepción de Dinamarca*”.

El ámbito de aplicación del Reglamento se limita a las modificaciones que las llamadas “*crisis matrimoniales*” provocan en el vínculo matrimonial, bien por considerarse que nunca ha existido, en el caso de la nulidad, por “*relajarse*” el vínculo en la separación, o porque se disuelva a raíz del divorcio. Así, su considerando nº 8 explica que sólo se aplicará lo contenido en él a la disolución del matrimonio. Por tanto, lo dispuesto en el Reglamento no resulta aplicable a cualquier otra cuestión derivada de las crisis matrimoniales, como son los alimentos, las relaciones económicas entre los cónyuges, las causas de divorcio, adopciones, etc. (artículo 1.3 del Reglamento Bruselas II bis).

La competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial queda determinada en el artículo 3 del Reglamento Bruselas II bis, el cual dispone una serie de foros, o lo que es lo mismo, “*circunstancias fácticas o jurídicas presentes en las cuestiones o litigios derivados de las relaciones jurídico privadas internacionales, que sirven al legislador para determinar la competencia judicial internacional de*

sus órganos jurisdiccionales”¹. Dicho precepto establece que serán competentes, para el conocimiento de los asuntos mencionados, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nacionalidad de ambos cónyuges (o en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del “domicile” común), así como aquellos en cuyo territorio se encuentre:

- la residencia habitual de los cónyuges, o
- el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o
- la residencia habitual del demandado
- en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o
- la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o
- la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su «domicile»

Los foros de competencia previstos se basan en circunstancias objetivas que giran en torno a la residencia habitual o nacionalidad/domicile de los cónyuges²; son excluyentes, pues forman una lista exclusiva y cerrada³; y alternativos, es decir, que es suficiente con que concurra uno de esos foros para que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes, sin existir una prelación u orden jerárquico que imponga la aplicación de

¹ RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (Director). *Manual de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Ed. Tecnos (Grupo Anaya S.A.), tercera edición, 2016. p. 46.

² *Ibidem*. pp. 74 y 75.

³ ABARCA JUNCO, Ana Paloma (Directora). *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Universidad de Educación a Distancia, primera edición, 2013. p. 476.

un foro frente a los demás, pudiendo la parte interesada optar por cualquiera de ellos según estime conveniente.

La jurisprudencia europea y española confirma el carácter alternativo de dichos foros, basándose para ello en el objetivo principal del Reglamento Bruselas II bis: “*garantizar la seguridad jurídica*”, motivo por el cual el artículo 6 del Reglamento Bruselas II bis prevé que las competencias definidas en los artículos 3 y 5 tienen carácter exclusivo. De lo anterior se deduce que los foros de competencia del Reglamento no pretenden excluir competencias múltiples, sino todo lo contrario, pues se prevé la coexistencia de varios tribunales competentes, sin que entre ellos se haya establecido una jerarquía⁴.

Dado que en este caso los ex cónyuges no son nacionales del mismo Estado, la competencia de los órganos jurisdiccionales se establecerá en función del criterio de su residencia habitual al tiempo de interposición de la demanda, por lo que, en primer lugar analizaremos qué debe entenderse por *residencia habitual*, para así determinar si el tribunal alemán era el competente teniendo en cuenta los distintos foros existentes.

El concepto *residencia habitual* destaca por la amplitud de su significado, pues no existe una definición que limite su alcance, pudiéndose entender como el “*centro social de vida*” o, como explica la STJUE (Sala Tercera) de 15 de septiembre de 1994, en el asunto C-452/93P: “*la residencia habitual es el lugar en el que el interesado ha fijado, con la intención de conferirle un carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses*”⁵.

En el presente caso, al estar los ex cónyuges empadronados en dos ciudades de países distintos, en el momento en que se interpuso la demanda, surgen dudas sobre cuál

⁴ Así lo afirma la sentencia de 16 de julio de 2009 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en el asunto C-168/08. Además, la doctrina expuesta es apoyada, entre otras, por la Sentencia del TJUE (Sala Segunda), de 13 de octubre de 2016, en el asunto C-294/15; así como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), a modo de ejemplo, la sentencia número 710/2015 de 16 de diciembre.

⁵ La sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección Primera), núm. 166/2015 de 10 de abril de 2015 sigue esta doctrina europea: “*el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado en diversas ocasiones una definición de residencia habitual en el sentido de que es el lugar en que la persona ha fijado, con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses y que, a los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos*”.

debe ser considerada su residencia habitual. Para resolver las mismas, debemos preguntar a la Sra. González sobre el desarrollo de su vida en Alemania y en España, aclarando sus respuestas que su núcleo *socio-económico* se encontraba en Erlangen, pues allí vivían ambos de forma regular y estable, desempeñando en la ciudad alemana su actividad laboral. Además, los planes de futuro de la entonces pareja estaban orientados a permanecer en Erlangen, pues la intención de la Sra. González y de su ex cónyuge era, antes del divorcio, formar una familia y llevar a sus hijos a un colegio de la mencionada ciudad.

En cambio, los viajes a España, según explica la clienta, sólo los realizaban cuando disponían de vacaciones, aprovechando las mismas para ver a su familia y amigos, con la ventaja de poder permanecer en nuestro país más tiempo gracias a que tienen en propiedad una vivienda en Laguna de Duero, a la que en ningún momento consideró como su domicilio habitual.

Por lo dicho, la estancia en España carece del elemento de *habitualidad* debido para entender fijada allí su residencia. A pesar de que los ex cónyuges estuviesen inscritos en el padrón municipal de Laguna de Duero, ello no supone entender automáticamente que tengan allí su residencia habitual, al igual que tampoco lo supone viajar frecuentemente a España, aunque la estancia sea por un largo periodo de tiempo. Lo que realmente determina dónde se encuentra la residencia habitual es la integración de la persona en un entorno social, familiar y económico de manera estable⁶, fijando allí sus intereses, tal y como sucedía con la Sra. González y el Sr. Schweizer en Erlangen.

Aclarado lo anterior, podemos afirmar que el Landgericht de Baviera es el competente para conocer del divorcio, pues la residencia habitual de los cónyuges al tiempo de presentación de la demanda, como hemos dicho, se encontraba en Erlangen.

2.2.2. Reconocimiento de la sentencia alemana en España.

Una vez comprobada la competencia de los tribunales alemanes, procede saber si los órganos jurisdiccionales españoles pueden reconocer la sentencia de divorcio.

⁶ STJUE (Sala Cuarta), de 22 de diciembre de 2010, asunto C-497/10 PPU.

Para ello, acudiremos al artículo 22 del Reglamento Bruselas II bis, regulador de los motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial. En su virtud, la sentencia de divorcio no se reconocerá en España si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido;
- si, habiéndose dictado en rebeldía del demandado, no se hubiere notificado o trasladado al mismo el escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que el demandado pueda organizar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que el demandado ha aceptado la resolución;
- si la resolución fuere inconciliable con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado miembro requerido, o bien
- si la resolución fuere inconciliable con otra dictada con anterioridad en otro Estado miembro o en un Estado no miembro en un litigio entre las mismas partes, siempre y cuando la primera resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido.

La parte que pretenda impedir el reconocimiento de una resolución extranjera, deberá invocar alguno de estos motivos de denegación del reconocimiento. En este caso, será necesario tener en cuenta el carácter *estricto* de los motivos de denegación⁷ establecido en el considerando n° 21 del Reglamento, que dice así:

“El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua, y los motivos del no reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario.”

⁷ La sentencia del TJUE (Sala Cuarta), de 19 de noviembre de 2015, en el asunto C-455/15 PPU, afirma el carácter *estricto* de los motivos de denegación de resoluciones en materia de responsabilidad parental (artículo 23 del Reglamento Bruselas II bis), pudiendo aplicarse esta doctrina por analogía al artículo 22.

Sin embargo, no podrá denegarse el reconocimiento por no ser competente el tribunal de origen, de acuerdo con el artículo 24 del Reglamento Bruselas II bis, que establece la prohibición del control de su competencia judicial, no pudiéndose aplicar la excepción de orden público a las normas de competencia del Reglamento.

Tampoco podrá negarse el reconocimiento por el hecho de que existan diferencias entre el derecho aplicado por el tribunal de origen y el derecho del Estado requerido (artículo 25), ni revisar la resolución en cuanto al fondo⁸ (artículo 26).

Teniendo en cuenta que la resolución de divorcio no se ha dictado en rebeldía, ni resulta inconciliable con otra resolución dictada en España o en otro Estado (sea miembro o no), sólo cabe plantearse si concurre el primero de los motivos de denegación: si el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido.

En cuanto a la definición del concepto “orden público” al que se refiere el artículo 22. a), nada nos dice el Reglamento, por lo que debemos acudir a la doctrina internacional para fijar su significado.

Aunque el TJUE no tiene competencia para especificar qué se entiende por “orden público”, puesto que será definido por cada uno de los Estados miembros, sí puede llevar a cabo un control sobre los límites de la aplicación de la excepción.

La jurisprudencia internacional ha determinado que la utilización del orden público como causa de excepción, o negación del reconocimiento en este caso, debe utilizarse de modo restrictivo, siempre atendiendo a las circunstancias del caso concreto y valorando los efectos negativos que el reconocimiento de la resolución puedan provocar al Estado miembro requerido. De esta manera, si se pretende el reconocimiento en un Estado miembro de una resolución dictada en otro, sólo cabe aplicar la cláusula de orden público cuando la misma choque de manera “*inacceptable*” con el ordenamiento jurídico del Estado

⁸ STJUE de 19 de noviembre de 2015, (ya citada).

requerido, por menoscabar, manifiestamente, un principio o norma jurídica considerada esencial, o un derecho reconocido como fundamental en ese ordenamiento⁹.

Por lo expuesto, el concepto de orden público aplicable en relación al artículo 22 del Reglamento Bruselas II bis será el del Estado miembro en el que se pretende reconocer la resolución. Como son los órganos jurisdiccionales españoles los competentes en este caso para reconocer la resolución, debemos acudir a la doctrina y jurisprudencia española relativa a la definición del concepto “orden público” para comprobar si debe aplicarse esta excepción al supuesto planteado.

El *orden público* puede ser definido como “*el conjunto de normas y principios que, en un momento histórico determinado, reflejan el esquema de valores esenciales, a cuya tutela atiende de una manera especial cada ordenamiento jurídico concreto*”¹⁰

La jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende el orden público como “*aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada*”¹¹, así como también “*el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan.*”¹²

De lo expuesto se deduce que ninguno de los impedimentos mencionados aparece en el supuesto de hecho planteado, pues la resolución alemana no afecta al orden público español (respeto los principios básicos del Derecho español y también los principios esenciales de un proceso equitativo), ni se dan las demás circunstancias invocadas en el artículo 22 del Reglamento Bruselas II bis. En definitiva, no existe impedimento para que los tribunales españoles puedan reconocer la sentencia de divorcio alemana.

⁹ STJUE (Sala Primera), de 16 de julio de 2015, en el asunto C-681/13.

¹⁰ ABARCA JUNCO, Ana Paloma (Directora). Op.cit. pp. 380-387.

¹¹ STS (Sala Primera) núm. 381/2003, de 11 de abril.

¹² STS (Sala Primera) núm. 835/2013, de 6 de febrero.

2.2.3. Posibilidades de reconocimiento de la resolución alemana.

Al no concurrir motivo alguno de denegación del reconocimiento de resoluciones extranjeras, analizaremos y explicaremos a la Sra. González los diferentes procedimientos de reconocimiento de resoluciones extranjeras aplicables al caso. Para ello, debemos acudir de nuevo al Reglamento Bruselas II bis, cuyo artículo 21 nos ofrece varios métodos de reconocimiento de validez extraterritorial de decisiones judiciales: el reconocimiento automático judicial y registral, y el reconocimiento por homologación.

2.2.3.1. El reconocimiento automático.

El Reglamento parte de un sistema de reconocimiento automático, lo que significa que no se requiere un procedimiento especial para que la resolución sea reconocida en otro Estado (artículo 21.1). Este tipo de reconocimiento tiene a su vez dos vertientes: la judicial y la registral.

- El reconocimiento judicial incidental (artículo 21.4) se trata de un reconocimiento automático consistente en invocar la resolución extranjera ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro a título incidental, es decir, se plantea su reconocimiento en el curso de otro procedimiento¹³. Es utilizado cuando la resolución extranjera se invoca como excepción de cosa juzgada en un proceso sobre el mismo objeto; o cuando el tribunal ante el que se solicita esté conociendo de otro asunto e interese el reconocimiento a efectos del fallo¹⁴.

- El reconocimiento registral es el que debe llevarse a cabo para inscribir una resolución extranjera en el Registro Civil, o para la modificación de los datos contenidos en él. No es necesario el previo reconocimiento judicial de la resolución para su inscripción. El artículo 21.2 exige que la resolución que se pretende reconocer a través de esta vía pueda ser inscrita en el Registro Civil y

¹³ SAP de Barcelona (Sección 12ª), núm. 125/2009, de 4 de marzo.

¹⁴ ABARCA JUNCO, Ana Paloma (Directora). Op.cit. pp. 479-486.

no admita recurso, es decir, sea firme con arreglo a la legislación del Estado miembro de origen.

El reconocimiento automático tiene únicamente valor a efectos del Registro Civil o del órgano jurisdiccional ante el que se plantea como consecuencia del conocimiento de otro asunto. Dicho valor es además provisional, pues si uno de los cónyuges se opone a ella, por entender que existe una causa de denegación del reconocimiento, cualquiera de las partes podrá iniciar el procedimiento especial recogido en el Reglamento y que explicamos a continuación.

2.2.3.2. *El reconocimiento por homologación.*

En el caso de que la parte contraria a aquella que invoca el reconocimiento de la resolución, se opusiese al reconocimiento automático; o si lo que se pretende por la parte que solicita el reconocimiento es que la resolución tenga valor general en el Estado requerido, cabe la posibilidad de instar un reconocimiento *erga omnes* para disipar dudas sobre el reconocimiento de la resolución en materia matrimonial¹⁵ (artículo 21.3).

Se trata de un procedimiento especial, y autónomo, es decir, distinto al proceso desarrollado en el Estado de origen y al proceso en el que se hace valer la decisión extranjera. El objeto de este procedimiento es únicamente el reconocimiento de la resolución. De este modo, cualquiera de las partes podrá pedir el reconocimiento o el no reconocimiento de la resolución, siguiendo lo establecido en los artículos 28 al 36 del Reglamento Bruselas II bis.

Debe tenerse en cuenta que, aunque el Reglamento Bruselas II bis aplique el procedimiento de ejecución o *exequátur* (artículos 28-36 del Reglamento) para entablar este reconocimiento *erga omnes*, de carácter general y autónomo, las sentencias de nulidad, separación y divorcio no son ejecutables, puesto que el Reglamento sólo se aplica a estas resoluciones en cuanto proceden a disolver o relajar el vínculo matrimonial. No trata los

¹⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Directores). *Derecho Internacional Privado*. Granada: Ed. Comares, volumen II, decimosexta edición, 2016. p. 338.

aspectos verdadera y materialmente ejecutables derivados de estas resoluciones, como por ejemplo la liquidación del régimen económico matrimonial¹⁶.

2.2.4. Elección del método de reconocimiento de la sentencia de divorcio alemana.

Ya hemos analizado los diferentes métodos de reconocimiento de resoluciones extranjeras recogidos por el Reglamento Bruselas II bis, siendo necesario ahora analizar cuál de ellos seguiremos para entablar el reconocimiento de la sentencia de divorcio alemana ante los tribunales españoles.

Teniendo en cuenta que la voluntad de la Sra. González es que se acuerde un reparto entre las partes de los bienes que conforman la sociedad de gananciales, el procedimiento que más conviene a sus intereses es el reconocimiento automático judicial, puesto que ambas acciones (petición de reconocimiento de la sentencia de divorcio alemana y solicitud de liquidación de la sociedad de gananciales) se llevarán a cabo en un solo procedimiento y ante el mismo órgano jurisdiccional, lo cual deriva en la obtención del reparto de los bienes de la sociedad de gananciales con mayor celeridad.

Por ello, siguiendo los trámites del ya explicado proceso incidental judicial, iniciaremos el mismo presentando, ante el órgano jurisdiccional competente, demanda de división judicial de patrimonios, en la cual haremos referencia, en los hechos, en primer lugar, a la necesidad de reconocimiento previo de la sentencia de divorcio alemana, alegando posteriormente en los fundamentos de Derecho la normativa aplicable para ello: el artículo 21 del Reglamento Bruselas II bis.

Junto al escrito de demanda, presentaremos ante el órgano competente los documentos recogidos en el artículo 37 del Reglamento Bruselas II bis¹⁷:

- Copia auténtica de la sentencia de divorcio, es decir, debe ser una copia certificada por el Landgericht de Baviera como auténtica¹⁸. En este

¹⁶ Ídem.

¹⁷ AAP de Castellón (Sección 2ª), núm. 72/2009, de 16 de noviembre.

punto conviene advertir que, dada la no obligación del Juez de conocer el idioma de la resolución que se pretende reconocer, la parte interesada deberá presentar una traducción jurada de la misma si así lo considera necesario el órgano receptor (artículo 38.2 del Reglamento Bruselas II bis). A pesar de no ser obligatoria la aportación de la traducción, sí es recomendable en orden a evitar que el juzgado competente nos requiera con posterioridad la misma, ralentizándose con ello los trámites del procedimiento. Por ello, en nuestro caso sí acompañaremos la traducción jurada.

- Formulario al que se refiere el artículo 39 del Reglamento Bruselas II bis, el cual se solicitará al órgano que dictó la resolución que se pretende reconocer, en este caso el Landgericht de Baviera, a instancia de la Sra. González, por ser la interesada en que se reconozca la sentencia de divorcio en España. Dicho certificado deberá ser también traducido al español por los motivos anteriormente expuestos.

Como además la clienta quiere inscribir la sentencia de divorcio en el Registro Civil español, pues su matrimonio está también inscrito, aplicaremos en este caso, sin afectar al procedimiento judicial que se plantee, el procedimiento automático registral.

Para ello, comprobamos primeramente que la resolución sí es inscribible, tal y como establece el artículo 76 de la Ley del Registro Civil (LRC):

“Las sentencias y resoluciones sobre validez, nulidad o separación del matrimonio y cuantos actos pongan término a éste se inscribirán al margen de la inscripción de matrimonio”.

¹⁸ MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN. Validez de documentos y traducciones juradas. Información sobre la validez de los documentos públicos extranjeros y de sus traducciones presentados ante las oficinas consulares y la Administración del Estado en España. [en línea]: <http://www.exteriores.gob.es/Consulados/HAMBURGO/es/VivirEn/direcciones/traductores/Paginas/ValidezDocumentos.aspx>

Visto lo anterior, deberemos presentar ante el Encargado del Registro Civil Central (que fue donde se inscribió el matrimonio¹⁹), además de los documentos necesarios en el reconocimiento incidental judicial, ya mencionados, un documento que pruebe que la resolución es firme, para lo cual solicitaremos al Landgericht de Baviera testimonio de la firmeza de la Sentencia.

Si por el contrario el Sr. Schweizer se opusiese, el procedimiento a seguir es el reconocimiento por homologación, regulado, como ya se ha dicho, en los artículos 28 a 36 del Reglamento Bruselas II bis. En este caso iniciaríamos un proceso autónomo para conseguir el reconocimiento, y una vez reconocida la sentencia de divorcio por el órgano judicial, interpondríamos la demanda de división judicial de patrimonios, siendo este método mucho más lento y costoso.

Para la sustanciación del reconocimiento por homologación, se acompañará, junto con el escrito de demanda, por el cual se solicita el reconocimiento de la sentencia alemana, los documentos a los que se refiere el artículo 37 del Reglamento Bruselas II bis, ya expuestos con anterioridad.

2.2.5. Competencia de los tribunales españoles en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales.

Como ya se ha explicado, el tribunal que resulte competente para conocer de la liquidación de la sociedad de gananciales, también lo será para llevar a cabo el reconocimiento de la sentencia alemana, pues seguiremos los trámites del reconocimiento incidental de resoluciones extranjeras.

La sentencia alemana de divorcio únicamente se pronuncia sobre la disolución del matrimonio. Nada menciona sobre la liquidación del régimen o reparto de los bienes de la sociedad de gananciales entre los cónyuges.

¹⁹ El artículo 18 de la ley sobre el Registro Civil establece que “*en el Registro Central se inscribirán los hechos para cuya inscripción no resulte competente ningún otro Registro*”. Al no haberse celebrado el matrimonio en territorio español, no se aplica la norma de competencia general contenida en el artículo 16 de dicha ley (que hace referencia al Registro Municipal o Consular del lugar en que acaeció el matrimonio), por lo que se aplica en este caso la competencia residual del artículo 18.

Es importante destacar al respecto que actualmente existe una norma europea que regula la competencia, la ley aplicable y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales: el Reglamento del Consejo de la UE 2016/1103, de 24 de junio de 2016.

Sin embargo, a pesar de que ha entrado en vigor -pues su artículo 70 así lo dicta-, sólo resultará aplicable a *“las acciones judiciales ejercitadas, a los documentos públicos formalizados o registrados y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir del 29 de enero de 2019”*, así como *“a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial después del 29 de enero de 2019”* (artículo 69). Por ello, este Reglamento no es trascendente para resolver el supuesto de hecho que se nos plantea.

Debido a lo anterior, tanto en lo referente a la competencia para conocer de esta materia, como a la ley aplicable al caso, resultan de aplicación las normas internas del Estado en el que se pretende ejercitar una acción que afecte al régimen económico matrimonial más allá de su disolución, como por ejemplo la liquidación de la sociedad de gananciales.

En cuanto a la competencia judicial se refiere, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) es la norma del ordenamiento jurídico español que establece cuándo son competentes los tribunales españoles. Teniendo en cuenta que en este caso se trata de relaciones patrimoniales entre los cónyuges, pues la liquidación del régimen económico matrimonial afecta a las relaciones económicas de los cónyuges entre sí y con terceros, debemos acudir a lo regulado en su artículo 22 *quáter* c), el cual determina que, siempre que ningún otro tribunal extranjero tenga competencia y no resulten de aplicación los foros recogidos en los apartados anteriores, serán competentes los órganos jurisdiccionales españoles:

- cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda,
- o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí,

- o cuando España sea la residencia habitual del demandado,
- o en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges,
- o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda,
- o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española.

Los foros mencionados son especiales y alternativos, lo cual significa que la parte demandante puede acogerse a cualquiera de ellos cuando se den las circunstancias necesarias, no existiendo orden de prevalencia. La jurisprudencia menor explica que, dado que la jurisdicción debe examinarse de oficio, en el momento en que concurra en el supuesto de hecho una de las circunstancias contenidas en cualquiera de los foros del artículo 22 *quáter* de la LOPJ, serán competentes los tribunales españoles, ya que el foro no es exclusivo, sino optativo, permitiendo a las partes elegir entre idénticas posibilidades de opción el foro aplicable, sin que se vulnere las normas procesales determinantes de la competencia²⁰.

De lo anteriormente expuesto se deduce que sí podrán los órganos jurisdiccionales españoles conocer del asunto, pues la demandante es española y tiene su residencia habitual en España desde hace más de un año, ya que, según nos informa la clienta, se trasladó a Laguna de Duero de manera definitiva en julio de 2014.

La competencia objetiva para conocer del proceso se plasma en los artículos 85 de la LOPJ y 45 de la LEC, los cuales establecen que los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil, en primera instancia, de los juicios que no vengán atribuidos por la ley a otros juzgados y tribunales, tal y como sucede en el presente caso. Además, debemos destacar el artículo 807 de la LEC, cuyo tenor literal dice:

²⁰ SAP de Asturias (Sección 7ª), núm. 237/2016, de 3 de junio.

“Será competente para conocer del procedimiento de liquidación el Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil.”

En este supuesto, ningún Juzgado español ha conocido del divorcio ni de la disolución del régimen, por lo que no cabe la aplicación de este precepto, pues el mismo pretende determinar, partiendo de la previa competencia de los órganos jurisdiccionales españoles en el proceso de nulidad, separación o divorcio, a cuál de ellos corresponde el conocimiento de los procedimientos de liquidación del régimen económico matrimonial²¹.

En consecuencia, la competencia territorial debe fijarse con arreglo a los foros generales recogidos en el artículo 50 de la LEC, cuyo apartado segundo establece:

“Quienes no tuvieren domicilio ni residencia en España podrán ser demandados en el lugar en que se encuentren dentro del territorio nacional o en el de su última residencia en éste y, si tampoco pudiera determinarse así la competencia, en el lugar del domicilio del actor.”

El demandado no tiene domicilio ni residencia en territorio español, y tampoco se encuentra aquí en la actualidad, con lo cual será competente el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid que por turno corresponda, pues Laguna de Duero (lugar donde se encuentra la residencia habitual de la Sra. González) pertenece al partido judicial de Valladolid, debiéndose presentar allí la demanda de división judicial de patrimonios.

No obstante, en el caso de que el Sr. Schweizer se opusiese al reconocimiento incidental planteado, resultará de aplicación el reconocimiento por homologación. La competencia judicial para resolver este tipo de reconocimiento viene recogida en el apartado segundo del artículo 29 del Reglamento Bruselas II bis, cuyo tenor literal es el siguiente:

“La competencia territorial se determinará por el lugar de residencia habitual de la persona contra la que se solicite la ejecución o por el lugar de residencia habitual del menor o menores a quienes se refiera la

²¹ AAP de Madrid (Sección 22ª), núm. 286/2007, de 27 de noviembre.

solicitud. Cuando ninguno de los lugares de residencia a los que se refiere el párrafo primero se encuentre en el Estado miembro de ejecución, la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución.”

En virtud de este precepto, y teniendo en cuenta que el Sr. Schweizer no tiene su residencia habitual en España, que es el Estado miembro donde se plantearía, en su caso, el reconocimiento por la vía del exequátur, serán competentes los Juzgados de Primera Instancia de Valladolid, pues resultan de aplicación las normas de competencia territorial del lugar de ejecución (a pesar de que no se pretenda una ejecución propiamente dicha), aplicándose, al igual que en el caso del reconocimiento incidental, los artículos 45 y 50 de la LEC.

2.3. Ley aplicable a la liquidación de la sociedad de gananciales.

La determinación de la ley aplicable a la liquidación del régimen económico matrimonial es una materia no regulada actualmente por un Reglamento europeo, por lo que debemos consultar las normas internas del Estado donde se plantee el procedimiento.

Dado que la acción de división del patrimonio común de los cónyuges se va a ejercitar en España, la cuestión se resuelve siguiendo el artículo 9 del CC, en concreto sus apartados segundo y tercero.

El artículo 9.2 del CC establece la ley aplicable a los *efectos del matrimonio*, los cuales se regirán “*por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.*” El término “*efectos del matrimonio*” engloba todas las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges²², con la única excepción del régimen económico matrimonial pactado, que se encuentra regulado en el artículo 9.3 del CC.

En el presente caso, hay que tener en cuenta que las partes otorgaron capitulaciones matrimoniales mediante escritura pública ante Notario alemán (pues así lo permite el Código Civil alemán o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) en sus artículos 1408-1413, siendo el régimen económico matrimonial alemán existente en defecto de pacto la “*participación en las ganancias*” (*Zugewinnngemeinschaft*), artículos 1363-1369 del BGB), a partir de las cuales establecieron la sociedad de gananciales (en alemán, *gütergemeinschaft*, artículos 1415 y siguientes del BGB²³) como el régimen económico matrimonial aplicable.

²² GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *Derecho Internacional Privado*. Navarra: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, tercera edición, 2016. p. 462: “*Los efectos personales son todas aquellas obligaciones de naturaleza no económica que se deben los cónyuges entre sí, respeto mutuo o fidelidad, por ejemplo. Los efectos patrimoniales son el conjunto de reglas que rige las relaciones económicas de los cónyuges. Alcanza aspectos como la determinación del patrimonio conyugal, la titularidad de los bienes y su gestión, la validez de los actos de disposición o la responsabilidad frente a terceros; o la liquidación del régimen económico.*”

²³ LAMARCA MARQUÉS, Albert (Director). *Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2008.

Dicho lo cual, el artículo 9.3 del CC establece:

“Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento.”

La expresión “validez” presenta un contenido amplio, de manera que debe entenderse que la ley designada por el artículo 9.3 del CC rige varios aspectos²⁴:

- La posibilidad de estipular, modificar o sustituir válidamente los pactos y capitulaciones matrimoniales, así como el régimen imperativo de tales pactos y el ámbito de la autonomía material de los cónyuges.
- La interpretación de los pactos o capitulaciones matrimoniales, por ser ésta una cuestión estrechamente conectada a la validez de los acuerdos.
- La liquidación del régimen económico matrimonial pactado.

Esta norma de conflicto tiene como principal objetivo favorecer la validez de los pactos o capitulaciones matrimoniales, utilizando para ello la técnica de los puntos de conexión alternativos²⁵, siendo suficiente que concurra uno de ellos para que se consideren válidos, sin orden de preferencia. Por lo tanto, según el artículo 9.3 del CC, las capitulaciones matrimoniales serán válidas en España cuando sean conformes, bien a la ley alemana, por ser ésta la ley que rige los efectos del matrimonio (en virtud del artículo 9.2 del CC), la ley de la nacionalidad del Sr. Schweizer y la de la residencia habitual de ambos cónyuges al tiempo del otorgamiento; o bien a la ley española, por ser la ley de la nacionalidad de la Sra. González.

²⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Directores). Volumen II. Op.cit. pp. 211 y 212.

²⁵ RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (Director). Op.cit. pp. 211-214.

Teniendo en cuenta que las capitulaciones se han otorgado ante Notario alemán, conforme a la ley alemana, en virtud del artículo 9.3 del CC serán válidas en España, y el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid que por turno corresponda aplicará la ley alemana para resolver sobre la liquidación de la sociedad de gananciales, es decir, el fondo del asunto, tramitándose, en todo caso, el procedimiento en los términos fijados en la legislación procesal española²⁶ (artículo 3 de la LEC).

²⁶ Véase CRESPO ALLUÉ, Fernando. *La necesaria liquidación del régimen de separación de bienes. El objeto de la liquidación. “La masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones”* En GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (Director); MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia (Coordinadora). *Los conflictos actuales en el derecho de familia*. Valladolid: Ed. Thomson Reuters Lex Nova, primera edición, 2013. pp. 64-88; y PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*. Valladolid: Ed. Lex Nova, volumen II, primera edición, 2009. pp. 1041-1316.

2.4. Prueba del Derecho alemán.

2.4.1. Carga de la prueba del Derecho alemán.

El principio *iura novit curia*²⁷ (artículo 1.7 CC) no alcanza al Derecho extranjero, ya que los jueces españoles no están obligados a conocer el contenido del ordenamiento jurídico de todos los países del mundo, aunque una norma de conflicto española, que podemos definir como aquella que da respuesta a la cuestión de qué ley debe aplicarse a una relación jurídico-privada que está vinculada con dos o más ordenamientos, a través de su localización en uno de estos ordenamientos²⁸, designe la aplicación del Derecho extranjero.

En el presente caso, la norma de conflicto (el artículo 9.3 del CC), determina que el Derecho aplicable a la liquidación de la sociedad de gananciales es el alemán. En vista de que el Juez no tiene obligación de conocer el contenido, alcance y vigencia de la legislación alemana, surge la duda de cómo ha de alegarse y aplicarse la misma.

Debido a la inexistencia de convenios internacionales que regulen la aplicación del Derecho extranjero, entra en juego la normativa interna de cada Estado. En España, esta cuestión se resuelve en el artículo 281.2 de la LEC, que establece:

“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”.

²⁷ HENRÍQUEZ SALIDO, María do Carmo y otros. “El principio procesal *iura novit curia* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Generalitat de Catalunya. Escola d’Administració Pública de Catalunya. Revista de llengua i dret. [en línea] <http://www.raco.cat/index.php/RLD/article/viewFile/302589/392305>

²⁸ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia. *Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. p. 2; en ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, JOAN; RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativo*. Madrid: Ed. La Ley, primera edición, 2011. p. 477.

Llegados a este punto, debe tenerse en cuenta la principal característica de la norma de conflicto: su imperatividad, tal y como se desprende del artículo 12.6 del CC, que dice así: *“los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español”*. En este sentido, la jurisprudencia del TS ha establecido que las normas de conflicto que regulan el derecho privado aplicable al caso concreto, forman parte del ordenamiento jurídico interno y, como tales, deben ser conocidas y aplicadas por los tribunales²⁹. Como consecuencia, el Derecho extranjero no tiene que ser alegado en el proceso por las partes para que el Juez deba tener en cuenta la designación que de él efectúa la norma de conflicto, por más que ello sea para darle el tratamiento procesal que corresponda³⁰.

Sin embargo, independientemente del carácter imperativo de la norma de conflicto, la regla general en el Derecho español es que las pruebas se practiquen a instancia de parte, en virtud del artículo 282 de la LEC, lo que se traduce en que la carga probatoria del contenido y vigencia de la legislación alemana recaiga sobre la parte que invoque su aplicación.

Esta interpretación de la norma no transforma el Derecho extranjero, en cuanto conjunto de reglas para la solución de conflictos, en un simple hecho que debe ser probado³¹, pues el Tribunal puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios³², tal y como establece el artículo 282 de la LEC: *“el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”*; así como también el artículo 281.2 indica que el tribunal podrá valerse, en relación con el Derecho extranjero, *“de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”*.

²⁹ STS (Sala Primera), núm. 797/2007, de 4 de julio.

³⁰ STS, (Sala Primera), núm. 238/2011, de 1 de abril.

³¹ STS (Sala Primera), núm. 198/2015, de 17 de abril.

³² STS (Sala Primera), núm. 390/2010, de 24 de junio.

No obstante, la jurisprudencia³³ se ha pronunciado sobre el alcance de la posibilidad de prueba del Derecho extranjero “*a instancia del tribunal*”, afirmando reiteradamente que la misma debe ser practicada por la parte que alegue su aplicación, siendo la actividad probatoria del tribunal una facultad y no una obligación, de manera que su actuación únicamente puede considerarse complementaria a la labor de las partes y, por tanto, nunca sustitutiva de su inactividad.

Si bien esta colaboración es potestativa por norma general, una excepción sería el supuesto en el que la parte que invoca el Derecho extranjero, a pesar de haber empleado todos los medios disponibles a su alcance, le resulte imposible acreditarlo, haciéndolo constar al tribunal. En este caso el juez deberá ayudar a probar dicha legislación, en aras de la obligación del órgano judicial de prestar a las partes en el proceso judicial del 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 y como consecuencia de lo alegado por las partes en el litigio³⁴.

En cuanto a los medios de averiguación de los que dispone el tribunal para efectuar la colaboración probatoria, podemos citar, además de los previstos en la LEC, los mecanismos contenidos en el Convenio europeo de Londres acerca de la Información sobre el Derecho Extranjero, de 7 de junio de 1968³⁵, y en la Convención Iberoamericana, sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979³⁶.

³³ A modo de ejemplo: STS (Sala Primera) de 4 de julio de 2006. STS (Sala Primera) núm. 528/2014, de 14 de octubre. STS (Sala Primera), núm. 198/2015, de 17 de abril.

Jurisprudencia menor: SAP Guipúzcoa (Sección 3ª), núm. 206/2004, de 28 de septiembre. SAP Las Palmas (Sección 3ª), núm. 416/2008, de 13 de junio.

³⁴ STC (Sala Primera), núm. 10/2000, de 17 de enero.

³⁵ Adhesión de España al Convenio el 2 de octubre de 1973.

³⁶ Adhesión de España a la Convención el 10 de noviembre de 1987.

En relación con lo anterior, la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, a través de la cual se canalizan las peticiones de información sobre el Derecho extranjero, creada por la Decisión 2001/470/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, comenzando a funcionar el 1 de diciembre de 2002, y en la que participan todos los Estados miembros de la UE, salvo Dinamarca, tiene como objetivo contribuir a la aplicación de los instrumentos de justicia civil de la UE en la práctica cotidiana, apoyando las relaciones entre las autoridades judiciales nacionales, para así facilitar la tramitación de los asuntos transfronterizos³⁷.

La Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (LCJIMC) regula también la prueba e información del Derecho extranjero³⁸.

El artículo 33 de la LCJIMC establece que *“la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia.”*, y continúa explicando que *“los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica”*. Además establece la aplicación del Derecho español como consecuencia excepcional ante la falta de acreditación del Derecho extranjero; y la no vinculación para los órganos jurisdiccionales españoles de los informes o dictámenes sobre el Derecho extranjero.

El artículo 34 de la LCJIMC nos indica el contenido de la solicitud de información por parte de los órganos jurisdiccionales, que podrá referirse *“al texto, vigencia y contenido de la legislación, a su sentido y alcance, a la jurisprudencia, al marco procedimental y de la organización judicial, y a cualquier otra información jurídica relevante”*.

Este procedimiento podrá llevarse a cabo directamente a través de comunicaciones entre los órganos judiciales, notarios y registradores, si bien cabe la posibilidad de elevar las

³⁷ RJE (Red Judicial Europea) en materias civil y mercantil (sobre la red) [en línea]: https://e-justice.europa.eu/content_about_the_network-431-es.do?clang=es

³⁸ En su Preámbulo, la ley aclara que el sistema de información sobre el Derecho extranjero que se adopta es subsidiario, lo que condicionará su efectiva aplicación a lo dispuesto en la normativa nacional e internacional, citando expresamente al Convenio de Londres y la Convención de Montevideo.

solicitudes de información de Derecho extranjero mediante oficio a la autoridad central española, que hará llegar la misma a las autoridades del Estado requerido. La solicitud de información podrá contener la petición de informes de autoridades, dictámenes periciales de juristas expertos, jurisprudencia, textos legales certificados y cualquier otra que se estime relevante (artículo 35).

2.4.2. *Consecuencias de la falta de alegación o prueba del Derecho alemán.*

Una vez explicado quién debe alegar y acreditar el Derecho extranjero, la Sra. González se cuestiona qué consecuencias podría tener la falta de alegación o prueba del Derecho alemán. La respuesta no puede ser en ningún momento clarificadora, pues la LEC no resuelve este problema y tampoco la doctrina ofrece una solución unánime.

Podemos hablar de dos líneas doctrinales: por un lado, aquella que entiende que la falta de alegación o prueba del Derecho extranjero debe implicar la desestimación de la demanda; y por otro la que aboga por la aplicación sustitutiva del Derecho español.

La primera de ellas, y a la vez la minoritaria, interpreta de manera restrictiva el contenido del artículo 33.3 de la LCJINM: *“con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español”*. Teniendo en cuenta que la norma de conflicto es de obligada aplicación, también debería ser forzoso aplicar el Derecho al que ésta se remita, sea el del foro o uno extranjero, pues tal es la consecuencia jurídica de la norma de conflicto. Solamente en el caso en que la ley extranjera aplicable sea contraria al orden público (artículo 12.3 CC), o cuando sea materialmente imposible determinar o probar su contenido, se aplicará la ley española. Lo que nunca debería admitirse es que la norma de conflicto sea obviada por voluntad de las partes o de la autoridad, por ignorancia del Derecho o por simple comodidad³⁹.

La desestimación de la demanda constituye, según esta parte de la doctrina, una *“respuesta motivada”* a la pretensión de las partes, pues la demanda no ha sido correctamente

³⁹ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia. Op.cit. p. 5.

planteada desde un punto de vista jurídico al deber las partes fundamentar sus posiciones sobre el Derecho extranjero y no sobre el español⁴⁰.

En alguna ocasión la Sala de lo Social del TS⁴¹ ha acogido esta tesis en base a varios motivos:

En primer lugar, por entender que en el caso de que la norma de conflicto establezca la aplicación de un Derecho extranjero, la alegación del Derecho español por parte de la demandante concurriría en una falta de fundamento de la demanda, lo que no puede obviarse por una aplicación indirecta del Derecho nacional como consecuencia del fracaso en la prueba del Derecho extranjero.

En segundo lugar, porque la aplicación sustitutiva del Derecho nacional favorece las conductas estratégicas, como la presentación de demandas fundadas en un Derecho notoriamente inaplicable con la expectativa de que, la inhibición probatoria del demandante, pudiera llevar a la aplicación de un Derecho que resulta más conveniente para sus intereses. Además, la tesis de la sustitución por falta de prueba conduce a la inseguridad jurídica, pues se desconoce cuál es el Derecho aplicable, al ser éste un mero resultado de la prueba que ha de realizarse en el proceso.

Y en tercer lugar, porque las reglas de la carga de la prueba no juegan en el mismo sentido en el caso de hechos que de normas que han de ser imperativamente aplicadas. No se trata de la aportación de un hecho al proceso, cuya falta de prueba perjudica a la parte que fundaba en él su pretensión, sino de una norma o un conjunto de normas que han de ser aplicadas al caso porque así lo dispone una regla que es imperativa. La conclusión imperativa de aplicación del Derecho extranjero no puede desplazarse como consecuencia de la mayor o menor diligencia probatoria de las partes en el proceso, porque esto convertiría en disponible algo que no lo es.

⁴⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Directores). *Derecho Internacional Privado*. Granada: Ed. Comares, volumen I, decimosexta edición, 2016. p. 573 y 574.

⁴¹ STS (Sala Cuarta), de 22 de mayo de 2001.

Parte de la jurisprudencia menor también ha seguido esta tesis de la desestimación de la demanda, entendiendo que la elección de la ley aplicable constituye materia de orden público y no puede renunciarse a la misma por las partes, ni ser subsanada de oficio por los tribunales, por lo que la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero no ha de desembocar, de modo automático, en la resolución del litigio conforme a la ley española⁴².

Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria es partidaria de la aplicación sustitutiva del Derecho español, basándose en que, ante la falta de prueba de la norma extranjera, sólo así se evita la “*denegación de justicia y se proporciona una respuesta sobre el fondo al litigio*”⁴³. Son numerosas las sentencias del TS que abogan por esta línea doctrinal⁴⁴, e incluso el Alto Tribunal rectifica la doctrina contraria de la Sala de lo Social anteriormente explicada⁴⁵, por ser manifiestamente opuesta a lo defendido por el TC en este sentido.

El TC se inclina por esta línea doctrinal, afirmando que la misma es más respetuosa con el contenido del artículo 24.1 de la CE que la solución de desestimar la demanda cuando no se haya probado el Derecho extranjero aplicable, “*dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige*”⁴⁶

El legislador también se ha posicionado a favor de esta tesis. El preámbulo de la LCJIMC pretende aclarar, ante la falta de regulación anterior, qué consecuencias se derivan de la falta de prueba del Derecho extranjero aplicable en virtud de la norma de conflicto,

⁴² AAP de Madrid (Sección 22ª), núm. 1/2007, de 12 de enero. SAP de Castellón (Sección 2ª) núm. 64/2009, de 15 de julio.

⁴³ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Directores). Volumen I. Op.cit. pp. 568-573.

⁴⁴ STS (Sala Primera), de 4 de julio de 2006. STS (Sala Primera), núm. 797/2007, de 4 de julio. STS (Sala Primera), núm. 338/2008, de 30 de abril. STS (Sala Primera), núm. 198/2015, de 17 de abril.

⁴⁵ Dicho cambio de doctrina se lleva a cabo a través de la STS (Sala Cuarta), de 4 de noviembre de 2004.

⁴⁶ STC (Sala Segunda), núm. 155/2001, de 2 de julio.

determinando que, en ese supuesto, *“podrá aplicarse el Derecho español en evitación así de una denegación de justicia que podría ser injustificada si se desestimara la demanda, y en búsqueda de la efectiva tutela judicial”*. Por tanto, la LCJIMC se decanta por la aplicación de la *lex fori*, pues, según explica, es la solución *“tradicional en nuestro sistema y la mayoritaria en los sistemas de Derecho Internacional privado de nuestro entorno. Es, asimismo, la solución que más se adecua a la jurisprudencia constitucional de la que se deduce que la desestimación de la demanda conculcaría en determinados supuestos el derecho a la tutela judicial efectiva.”* También justifica esta doctrina en la excepcionalidad de la solución, pues *“sólo sucederá cuando las partes no consigan probar el Derecho extranjero y sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido”*.

2.4.3. Práctica de la prueba del Derecho alemán.

Con el fin de evitar un resultado perjudicial para los intereses de la Sra. González, alegaremos en el escrito de demanda los preceptos de la legislación alemana que resulten aplicables a la liquidación de la sociedad de gananciales, así como también aportaremos medios de prueba para acreditar el contenido, vigencia e interpretación de los mismos; y ello no porque de lo contrario el juez proceda a desestimar la demanda automáticamente (por los motivos ya expuestos), ni porque sea una causa de inadmisión de la demanda (pues la LEC no dice nada al respecto⁴⁷), sino por el hecho de que la parte contraria, el Sr. Schweizer, pueda oponerse en su escrito de contestación a la pretensión de la demandante al no haberse fundado ésta en el Derecho alemán, o por falta de acreditación de la legislación extranjera.

Dicho lo anterior, analizaremos a continuación los pasos a seguir para llevar a cabo su alegación y acreditación.

Hay que tener presente que los fundamentos jurídicos en que basemos las pretensiones de la demanda de división judicial de patrimonios irán fundadas en el Derecho alemán, por lo que, para la redacción de los mismos, haremos mención a los concretos preceptos del ordenamiento jurídico alemán que resulten aplicables: los artículos 1415 al 1421 del BGB en lo que se refiere a las disposiciones generales del régimen de comunidad

⁴⁷ ORTELLS RAMOS, Manuel (Dirección y coordinación). *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, decimocuarta edición, 2015. pp. 264-267.

de bienes alemán, y los artículos 1471 al 1482 del BGB, reguladores de la liquidación de la sociedad de gananciales o *“división del patrimonio común”*.

Sin embargo, no sólo se exige que aleguemos los artículos del Código Civil alemán aplicables al supuesto, sino que acreditemos su contenido y vigencia, para lo cual será necesario acompañar, junto con el escrito de demanda, los documentos y pruebas periciales que acrediten el tenor del Derecho extranjero.

La prueba de la legislación alemana es una cuestión procesal, de manera que los medios probatorios que utilicemos para acreditar el Derecho alemán deben ser los recogidos por la ley española, en virtud de lo expuesto en el artículo 3 de la LEC: *“con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas”*.

No obstante, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil especifican qué medios de prueba pueden emplearse para acreditarlo. Rige así un sistema *flexible*, no riguroso, en el que impera la posibilidad de utilización de todo tipo de mecanismos técnicos probatorios adecuados para constatar su contenido y vigencia⁴⁸, valorando el juez según las *“reglas de la sana crítica”* (artículo 33.2 LCJIMC) si la prueba aportada es suficiente e idónea para acreditarlo con certeza.

Entre las múltiples posibilidades de prueba del Derecho extranjero podemos destacar las siguientes:

- Certificaciones expedidas por funcionarios diplomáticos alemanes acreditados en España.

⁴⁸ STS (Sala Primera), núm. 390/2010, de 24 de junio: *“En relación con los medios de prueba del derecho extranjero, la referida sentencia de 4 de julio de 2006 pone de relieve la posibilidad de utilizar “todos los medios de prueba a su alcance”, enumerando entre ellos a los siguientes: “a) documentos públicos o intervenidos por fedatarios públicos que pueden aportarse al proceso mediante las correspondientes certificaciones, aunque esta prueba sólo se limita al texto de la norma vigente, pero elude su interpretación muy necesaria en cualquier litigio; b) «mediante testimonio conforme de dos jurisperitos del país respectivo aportado por los autos» (sentencia de 3 febrero 1975, aunque la de 9 noviembre 1984 entendió que las conclusiones de los jurisperitos no son vinculantes).”*

- Certificaciones expedidas por funcionarios diplomáticos o consulares españoles acreditados en Alemania.

- Interrogatorio o dictamen de un experto en Derecho alemán (informes periciales).

Algunos autores⁴⁹ incluyen como medios de prueba adecuados las copias veraces de los textos legales extranjeros originales y las colecciones privadas de leyes y obras doctrinales de autores extranjeros. Sin embargo, consideramos que los mismos no acreditan de manera fehaciente el Derecho extranjero, decantándonos por los medios probatorios anteriormente citados.

Expuestas las diferentes posibilidades, respondemos a la cuestión planteada por la Sra. González acerca de cuál es la más idónea para acreditar el Derecho alemán.

Entendemos que lo más correcto sería, por un lado, presentar una certificación procedente de la embajada o consulado alemán en España (reconocida como documento público según el artículo 317.5º de la LEC), debidamente legalizada y traducida al castellano, en la cual se transcribirán las normas que se van a aplicar, su vigencia y rango, así como también se incluirán, si procede, otras disposiciones legales necesarias para contextualizar la normativa aplicable. Por otro lado, aportaremos dictamen pericial, traducido al castellano, de un juriconsulto experto en Derecho alemán (por ejemplo un abogado ejerciente en Alemania, o un profesor universitario especializado en Derecho alemán), para que acredite la interpretación de la legislación alemana aplicable, así como también referirse a su contenido y vigencia.

Con ambos medios probatorios se cumplen las exigencias de rigor, veracidad e imparcialidad que el juez puede tener en cuenta a la hora de valorar si realmente se ha acreditado válidamente el Derecho extranjero.

⁴⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. (Directores). Volumen I. Op.cit. pp. 547-553.

3. CONCLUSIONES

Una vez analizadas y resueltas todas las cuestiones planteadas por la Sra. González, podemos exponer las siguientes conclusiones:

- El Landgericht de Baviera era el competente para conocer el proceso de divorcio.
- Es necesario que la sentencia de divorcio sea reconocida por los tribunales españoles si se pretende plantear la liquidación de la sociedad de gananciales, pues ésta trae causa de la previa disolución del régimen matrimonial a raíz del divorcio, debiendo comprobar el tribunal español competente que la sentencia alemana efectivamente declara el divorcio de las partes.
- No concurre ninguna causa de denegación del reconocimiento de resoluciones extranjeras, pudiendo plantearse sin impedimento el reconocimiento de la sentencia de divorcio alemana en España.
- De entre las posibilidades de reconocimiento que nos ofrece la normativa internacional, plantearemos, por un lado, un reconocimiento incidental en el proceso de división judicial de patrimonios, en unidad de procedimiento y ante el mismo órgano judicial, ahorrando así costes y tiempo; y por otro lado un reconocimiento registral, con el fin de inscribir la sentencia de divorcio alemana en el Registro Civil español, para que conste al margen de la inscripción del matrimonio.
- El Juzgado de Primera Instancia de Valladolid que por turno corresponda será el competente para conocer el reconocimiento de la sentencia alemana y el procedimiento de división judicial de patrimonios, por ser Laguna de Duero el lugar de residencia habitual de la Sra. González.
- El Juzgado de Primera Instancia que resulte competente deberá aplicar la ley alemana, pues así lo establece la norma de conflicto española.

- Dado que el juez no tiene por qué conocer el Derecho alemán, la Sra. González deberá alegar y probar la normativa alemana que resulte aplicable, utilizando para ello dos medios de prueba:
- Certificación procedente de la embajada o consulado alemán en España, debidamente legalizada y traducida al castellano, en la cual se transcribirán las normas que se van a aplicar, su vigencia y rango, así como también se incluirán, si procede, otras disposiciones legales necesarias para contextualizar la normativa aplicable.
 - Dictamen pericial, traducido al castellano, de un jurista experto en Derecho alemán para que acredite la interpretación de la legislación alemana aplicable, así como también referirse a su contenido y vigencia.

BIBLIOGRAFÍA

ABARCA JUNCO, Ana Paloma (Directora). *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Universidad de Educación a Distancia, primera edición, 2013.

ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, JOAN; RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativo*. Madrid: Ed. La Ley, primera edición, 2011.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano (y otros). *Lecciones de Derecho Civil Internacional*. Madrid: Ed. Tecnos (Grupo Anaya S.A.), segunda edición, 2006.

ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Civil*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, tercera edición, 2015.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coordinador). *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Madrid: Ed. Bercal S.A. segunda edición, 2011.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Directores). *Derecho Internacional Privado*. Granada: Ed. Comares, volumen I, decimosexta edición, 2016.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Directores). *Derecho Internacional Privado*. Granada: Ed. Comares, volumen II, decimosexta edición, 2016.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. “Cinco años después de la LEC 1/2000: algunos interrogantes en torno a la prueba del Derecho extranjero”. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, volumen I, número 1, julio de 2006. [En línea]: <https://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2010/09/01-tm-01-carrascosa.pdf>

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *Derecho Internacional Privado*. Navarra: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, tercera edición, 2016.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (Director); MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia (Coordinadora). *Los conflictos actuales en el derecho de familia*. Valladolid: Ed. Thomson Reuters Lex Nova, primera edición, 2013.

HENRÍQUEZ SALIDO, Maria do Carmo y otros. “*El principio procesal iura novit curia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”. Generalitat de Catalunya. Escola d’Administració Pública de Catalunya. Revista de llengua i dret. [En línea]: <http://www.raco.cat/index.php/RLD/article/viewFile/302589/392305>

HEREDIA ORTIZ, Pedro. ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso. *Cuestiones prácticas acerca del régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero en España. ¿Por qué debe probarse, qué debe probarse y cómo debe probarse el derecho extranjero en España?* [En línea]: <http://www.pellicerheredia.com/uploads/documentos/Alegacion-y-prueba-del-derecho-extranjero.pdf>

LAMARCA MARQUÉS, Albert (Director). *Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2008.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN. *Validez de documentos y traducciones juradas. Información sobre la validez de los documentos públicos extranjeros y de sus traducciones presentados ante las oficinas consulares y la Administración del Estado en España* [en línea]: <http://www.exteriores.gob.es/Consulados/HAMBURGO/es/VivirEn/direcciones/traductores/Paginas/ValidezDocumentos.aspx>

MONTALVO ABIOL, Juan Carlos. “*Concepto de orden público en las democracias contemporáneas*”. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid número 22, 2010-II. pp. 197-222. [En línea]: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/viewFile/6009/6464>

O’CALLAGHAN, Xavier. *Compendio de Derecho Civil*. Madrid: Ed. Dijusa, sexta edición, 2008.

ORTELLS RAMOS, Manuel (Dirección y coordinación). *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, decimocuarta edición, 2015.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*. Valladolid: Ed. Lex Nova, volumen II, primera edición, 2009.

RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (Director). *Manual de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Ed. Tecnos (Grupo Anaya S.A.), segunda edición, 2015.

RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (Director). *Manual de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Ed. Tecnos (Grupo Anaya S.A.), tercera edición, 2016.

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia comunitaria

STJUE (Sala Tercera), de 15 de septiembre de 1994, en el asunto C-452/93P: *Pedro Magdalena Fernández*.

STJUE (Sala Tercera), de 16 de julio de 2009, en el asunto C-168/08: *Laszlo Hadadi*.

STJUE (Sala Cuarta), de 22 de diciembre de 2010, asunto C-497/10 PPU: *Mercredi*.

STJUE (Sala Primera), de 16 de julio de 2015, en el asunto C-681/13: *Diageo Brands*.

STJUE (Sala Cuarta), de 19 de noviembre de 2015, en el asunto C-455/15 PPU: *P y Q*.

STJUE (Sala Segunda), de 13 de octubre de 2016, en el asunto C-294/15: *Mikolajczyk*.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

STC (Sala Primera), núm. 10/2000, de 17 de enero (rec. 3130/1997).

STC (Sala Segunda), núm. 155/2001, de 2 de julio (rec. 157/1998).

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

STS (Sala Cuarta), de 22 de mayo de 2001 (rec. 2507/2000).

STS (Sala Primera), núm. 381/2003, de 11 de abril (rec. 2684/1997).

STS (Sala Cuarta), de 4 de noviembre de 2004 (rec. 2652/2003).

STS (Sala Primera) de 4 de julio de 2006 (rec. 2421/1999).

STS (Sala Primera), núm. 797/2007, de 4 de julio (rec. 3467/2000).

STS (Sala Primera), núm. 338/2008, de 30 de abril (rec. 1832/2001).

STS (Sala Primera), núm. 722/2009, de 23 de marzo (rec. 1759/2005).

STS (Sala Primera), núm. 390/2010, de 24 de junio (rec. 1798/2006).

STS (Sala Primera), núm. 238/2011, de 1 de abril (rec. 1900/2007).

STS (Sala Primera), núm. 835/2013, de 6 de febrero (rec. 245/2012).

STS (Sala Primera) núm. 528/2014, de 14 de octubre (rec. 2969/2012).

STS (Sala Primera), núm. 198/2015, de 17 de abril (rec. 611/2013).

STS (Sala Primera), núm. 710/2015, de 16 de diciembre (rec. 2015/2013).

Resoluciones de Audiencias Provinciales

SAP Guipúzcoa (Sección 3ª), núm. 206/2004, de 28 de septiembre (rec. 3228/2004).

AAP de Madrid (Sección 22ª), núm. 1/2007, de 12 de enero (rec. 584/2006).

AAP de Madrid (Sección 22ª), núm. 286/2007, de 27 de noviembre (rec. 953/2007).

SAP Las Palmas (Sección 3ª), núm. 416/2008, de 13 de junio (rec. 695/2007).

SAP de Barcelona (Sección 12ª) núm. 125/2009, de 4 de marzo (rec. 325/2008).

SAP de Castellón (Sección 2ª) núm. 64/2009, de 15 de julio (rec. 44/2009).

AAP de Castellón (Sección 2ª), núm. 72/2009, de 16 de noviembre (rec. 106/2009).

SAP de Tarragona (Sección 1ª), núm. 166/2015, de 10 de abril de 2015 (rec. 659/2014).

SAP de Asturias (Sección 7ª), núm. 237/2016 de 3 de junio (rec. 226/2016).