

# Les crisis matrimonials en el dret internacional privat espanyol

(PROBLEMES DE COMPETÈNCIA JUDICIAL I DE DRET APLICABLE)

**Josep M. Fontanellas Morell**

Professor de dret internacional privat - Universitat de Lleida



**1.** La gran quantitat d'immigrants que el nostre país ha rebut els darrers deu o quinze anys ha tingut, entre molts d'altres, l'efecte de multiplicar els litigis de dret privat en els que concorre algun element d'estrangeria. Atès l'important nombre de parelles d'estrangers o de parelles mixtes d'estranger i espanyol- que, durant aquest temps, s'han establert o constituït a Espanya, un dels sectors més sensibles a l'augment de la litigiositat internacional ha estat, quan aquestes unions han fet fallida, el de les crisis matrimonials, terme amb el que volem englobar els processos de nul·litat matrimonial, separació i divorci.

**2.** L'increment de la litigiositat en aquesta parcel·la del tràfic extern ha posat sobre la taula les dificultats que, per als operadors jurídics -sobretot, advocats i jutges-, comporta la correcta identificació i aplicació de les normes de dret internacional privat que determinen la competència o incompetència dels tribunals espanyols i, en cas que en tinguin, la llei que els mateixos han d'utilitzar per a resoldre la controvèrsia. La frenètica activitat legislativa de la Unió Europea no és aliena a aquests problemes de delimitació normativa, perquè, en l'esfera de la competència judicial -i en la del reconeixement de decisions-, està actualment en vigor el Reglament 2201/2003, de 27 de novembre, anomenat «Brussel·les II bis», que, com veurem, deixa gairebé

sense efecte la Llei Orgànica del Poder Judicial [LOPJ]; i, en el sector de la llei aplicable, és probable que en un futur immediat tinguem un nou instrument -el Reglament «Roma III»- que vindrà a reemplaçar la regulació del Codi civil [CC] en la matèria. En la nostra exposició, abordarem primer [3-5] el règim de la competència judicial internacional en aquest àmbit i, més endavant [6-11], ens centrarem en la llei aplicable a les diferents situacions de crisi matrimonial.

**3.** Pel que fa a la competència judicial internacional, l'estructura de fonts del sistema espanyol de dret internacional privat obliga a establir una prelación en la seva aplicabilitat, de manera que, donat el caràcter preferent del dret comunitari, primer estarem al que digui el Reglament «Brussel·les II bis» [RBIIB] i, només quan aquest no sigui aplicable, podrem recórrer a la regulació de la LOPJ que tindrà, per tant, un caràcter residual. Per tal de fixar els supòsits en què s'haurà d'observar el RBIIB, cal distingir dos problemes que, tot i estar molt estretament vinculats, són diferents: l'aplicabilitat del Reglament i la competència -o incompetència- judicial segons el Reglament. Quant al primer, el RBIIB indica en diversos articles el seu àmbit d'aplicació. A l'art. 1.a el material, en assenyalar que el RBIIB cobreix els processos de divorci, separació judicial i nul·litat matrimonial, quedant fora del seu radi d'acció, en conseqüència, les causes matrimonials d'índole religiosa, la separació de fet, la dissolució de les unions *more uxorio* i, el que és més controvertit, les qüestions connexes a les crisis matrimonials (Considerant 8è del RBIIB), com poden ser la concessió de pensions compensatòries, la liquidació del règim econòmic-matrimonial, les

obligacions d'aliments o qualsevol altra d'aquesta mena que un jutge espanyol està acostumat a decidir quan resol un litigi matrimonial. En relació amb l'àmbit temporal, el RBIIB no planteja cap problema, ja que, per mandat de l'art. 64.1, s'aplica a les accions judicials instades amb posterioritat a la seva entrada en vigor, que es va produir l'1 de març de 2005. Bastant més conflictiva és la determinació de l'àmbit personal d'aplicació del RBIIB, perquè està regulat d'una manera fosca als arts. 6 i 7 del RBIIB. D'acord amb el primer, una persona -un cònjuge- que tingui la nacionalitat d'un Estat membre o que hi resideixi *solament* podrà ser demandada davant dels tribunals d'un altre Estat membre en virtut dels criteris de competència que estableix el RBIIB als seus arts. 3, 4 i 5; d'on, *a contrario*, es dedueix que, respecte dels nacionals -no radicats a la Unió Europea- i dels tercers -ni ciutadans d'un altre Estat membre ni residents en territori europeu- el RBIIB és aplicable però *no exclusivament*, de forma que, en aquests litigis es poden aplicar les regles de competència autònomes -en el cas espanyol, la LOPJ-, sempre que de les regles del Reglament -arts. 3, 4 i 5- no es desprengui la competència dels òrgans jurisdiccionals de cap altre país comunitari (art. 7.1 del RBIIB). Com es veu, és una regulació complicada que es pot tractar de simplificar dient, malgrat no ser del tot exacte, que, quan es tracti de demandats nacionals d'un Estat de la Unió Europea o que hi tinguin la residència habitual, el Reglament sempre resultarà aplicable. L'Audiència Provincial de Lleida ha seguit aquesta pauta amb encert: en la seva Interlocutòria 13/2004, de 20 de maig, va declarar aplicable el Reglament -aleshores el «Brussel·les II»- i va atorgar compe-

tència als nostres tribunals en una petició de divorci de dos espanyols residents a Andorra; però, en canvi, va decidir el contrari en la Interlocutòria 14/2004, de 17 de juny, en una demanda de divorci presentada per una ciutadana espanyola contra un argentí, domiciliats tots dos al Principat d'Andorra.

**4.** Un cop resulta aplicable el RBIIB, el jutge ha de verificar si, d'acord amb l'art. 3.1 del mateix, té competència per a conèixer del cas. L'article esmentat li facilita les coses, ja que estableix un catàleg amplíssim de set criteris per tal d'atribuir competència als tribunals d'un Estat determinat, criteris que són: la residència habitual dels cònjuges, l'últim lloc de residència habitual dels cònjuges sempre que un encara hi resideixi, la residència habitual del demandat, la residència habitual d'un dels cònjuges -en el supòsit de demanda conjunta-, la residència habitual del demandant si hi ha residit almenys durant un any immediatament abans de la presentació de la demanda, la nacionalitat del demandant quan es correspongui amb la seva residència habitual si hi ha residit almenys sis mesos immediatament abans de la presentació de la demanda, la nacionalitat d'ambdós cònjuges. A la vista d'uns criteris de competència tan generosos, és difícil que, en els plets que normalment es plantegen davant dels tribunals espanyols, aquests no siguin competents; en tot cas, en la més freqüent de les hipòtesis -separació o divorci de dues persones residents a Espanya-, a més de ser aplicable el RBIIB, els tribunals espanyols tindran sempre competència per a conèixer del litigi.

**5.** Quan, per raons d'àmbit personal, el Reglament 2201/2003 no sigui d'aplicació, als demandats que siguin espanyols -sense tenir la residència en territori europeu- i als que no siguin nacionals d'un altre Estat membre ni hi resideixin, se'ls podran aplicar les regles de la LOPJ, sempre que de les normes del RBIIB no es dedueixi la competència dels tribunals de cap altre Estat membre (art. 7.1). En matèria de relacions personals i

patrimonials entre cònjuges, nul·litat matrimonial, separació i divorci, la LOPJ conté un total de cinc fòrums que poden servir per tal d'atribuir competència als òrgans jurisdiccionals espanyols: dos de tipus general -la submissió expressa o tàcita de les parts als nostres tribunals i el domicili a Espanya del demandat- i tres d'especials -la residència habitual dels cònjuges a Espanya al temps de la presentació de la demanda, la nacionalitat espanyola del demandant combinada amb la seva residència habitual a Espanya i, en les demandes de mutu acord o instades per un dels esposos amb el consentiment de l'altre, la nacionalitat espanyola dels dos litigants-. D'aquests cinc criteris, tres -el domicili del demandat a Espanya, la residència habitual dels cònjuges a Espanya en el moment de presentar la demanda i la nacionalitat comuna- estan desactivats, perquè ja els recull l'art. 3 del RBIIB i l'aplicació de la LOPJ sols pot tenir lloc quan el Reglament 2201/2003 sigui inoperatiu. En resten, per tant, dos d'oberts: la voluntat de les parts i la nacionalitat espanyola del demandant que resideix a Espanya. Aquest últim criteri de competència es diferencia del semblant que conté el RBIIB en què no demana un període de residència habitual, cosa que afavoreix la seva aplicabilitat. Més sorprenent és, tanmateix, que el règim autònom de competència judicial internacional admeti el joc de la autonomia de la voluntat en l'àmbit que ens ocupa, sobretot tenint en compte que el RBIIB no contempla aquesta possibilitat dins del seu articulat i que, en els litigis matrimonials, els criteris de competència territorial interna són imperatius. Això no obstant, quan es tracta de crisis matrimonials internacionals, la validesa del sotmetiment jurisdiccional és defensada majoritàriament per la doctrina espanyola amb el suport repetit de la jurisprudència menor.

**6.** Un cop explicada la problemàtica derivada del conflicte de jurisdiccions, passem a abordar la relativa al conflicte de lleis. En l'exposició que

segueix ens ocuparem de manera successiva de la determinació del dret aplicable a la nul·litat matrimonial [7], a la separació de fet [8], a la separació judicial i al divorci [9]; així com, finalment, de les excepcions que preveu la reglamentació espanyola a l'aplicació de la llei declarada competent per la pròpia norma de conflicte [10-11].

**7.** Abans de la reforma duta a terme per la Llei Orgànica 11/2003, de 29 de setembre, la normativa conflictual espanyola estava mancada d'una regla concreta que indiqués quina era la llei aplicable als litigis resultants d'una nul·litat matrimonial. Tot i haver-se suggerit per part dels especialistes diverses solucions, la més acceptada era la que actualment es troba recollida a l'art. 107.1 del CC: «La nul·litat del matrimoni i els seus efectes es determinaran de conformitat amb la llei aplicable a la seva celebració». Com s'acaba de dir, aquesta ja era la solució que comptava amb més partidaris, i ho era per la seva major correcció tècnica: si la nul·litat matrimonial és el revers de la validesa matrimonial, la llei rectora d'aquesta s'ha de projectar també a la regulació d'aquella. Concretament més; ja que la nul·litat matrimonial pot derivar d'un vici de fons o d'un de forma, les normes de conflicte aplicables en cada cas són diferents: per als supòsits de nul·litat substantiva causada per un defecte de capacitat o de consentiment, s'ha d'estar a l'art. 9.1 del CC -competència de la llei personal de cada un dels contraents-; per als casos de nul·litat formal, en canvi, la pauta la marquen els arts. 49 i 50 del CC -en termes generals, aplicació alternativa de la llei nacional de cada contraent i de la llei del lloc de celebració del matrimoni-. Un efecte atenuat de la nul·litat matrimonial és la figura del matrimoni putatiu, l'existència del qual ha de ser establerta d'acord amb el dret que governa la nul·litat; ara bé, si del que es tracta és de comprovar les repercussions que el matrimoni putatiu pugui tenir en els distints àmbits afectats (nom, relacions entre els cònjuges, filiació,



aliments, successions), han de ser les lleis reguladores d'aquests àmbits les que les determinin.

**8.** Tampoc, després de la reforma de 2003, res no assenyalava el CC sobre la normativa aplicable a la separació de fet. Tenint en compte que aquest cessament de la convivència és normalment pactat per ambdós cònjuges, sembla el més correcte conflictualment subjectar l'acord al règim de relacions personals i patrimonials entre els esposos (art. 9.2 i 3 del CC), sens perjudici que alguns aspectes concrets de la nova situació (filialció, aliments) trobin un encaix més adequat en les normes *ad hoc* (art. 9.4 del CC, Conveni de La Haia de 1973) de què disposa el nostre sistema conflictual.

**9.** Les qüestions de dret aplicable concernents a la separació judicial i al divorci estan regulades a l'apartat 2 de l'art. 107 del CC, en la redacció donada per la Llei 11/2003, de 29 de setembre. És un apartat força complex, que cal estudiar globalment a fi d'adonar-se que fixa una sèrie de solucions defectives, és a dir, que entren en joc progressivament una rere l'altra quan l'anterior no pot operar; mancades, tanmateix, d'una connexió de tancament. En efecte, una lectura atenta del precepte permet descobrir que la solució preferent consisteix en aplicar el dret espanyol quan un dels cònjuges sigui espanyol o resideixi habitualment a Espanya i la demanda l'hagin presentada de mutu acord els dos esposos o un d'ells amb el consentiment de l'altre (art. 107.2.2.b). Si no es donen totes les circumstàncies esmentades, cal acudir a l'art. 107.2.1 que conté tres solucions articulades subsidiàriament: observança de la llei nacional comuna al temps de la presentació de la demanda –a falta d'aquesta–, de la llei de la residència habitual comuna en el moment de la presentació de la demanda i –en absència de domicili actual comú– de la llei de l'última residència habitual comuna sempre que un dels cònjuges encara hi resideixi. Per als casos en què les quatre solucions vistes fins ara són inoperatives, l'art. 107.2.2.a

del CC en proposa una altra: l'aplicació del nostre dret si un dels cònjuges és espanyol o té la residència a Espanya. Però, què passa quan fins i tot aquesta cinquena possibilitat no pot materialitzar-se, perquè no es compleixen els requisits que demana el CC –per exemple, un andorrà i una monegasca, antics residents a Espanya, on hi tenen un immoble, i que ara viuen cadascun al seu país d'origen, acorden sotmetre el seu divorci als tribunals espanyols? En aquest supòsit –i en altres de semblants–, el CC no proporciona cap resposta, de manera que som davant d'una llacuna legal, que s'ha d'omplir acudint a la llei que presenti els vincles més estrets amb la vida matrimonial, legislació que el jutge haurà de deduir cas per cas en funció de les circumstàncies concretes (situació dels béns conjugals, última residència comuna, residència dels fills comuns, etc.) que concorrin en el litigi.

**10.** La regulació que fins aquí hem detallat es pot veure complicada –o simplificada– per la intervenció de dos correctius, l'ordre públic i el reenviament, que poden intervenir en l'estadi final de la determinació del dret aplicable, i que ara passem a desenvolupar. Pel que fa a l'ordre públic, és recollit a l'art. 107.2.2.c, que indica que la llei declarada aplicable per les regles anteriors pot ser substituïda per l'espanyola quan aquella no conegui la separació o el divorci, els reguli de forma discriminatòria o contrària a l'ordre públic, i sempre que un dels cònjuges tingui la nacionalitat espanyola o resideixi habitualment a Espanya. Aquesta disposició aplega dues situacions sensiblement diferents: l'aplicació del dret espanyol quan el dret estranger declarat competent per la nostra norma de conflicte no coneix la separació o el divorci, i l'aplicació de la llei espanyola quan el contingut de la llei material estrangera conculca el nostre ordre públic. La primera hipòtesi, més freqüent que no es pensa, es dona quan la legislació del país estranger no preveu la separació –Alemanya, Marroc, Romania o Suècia, entre d'altres– o el divorci –a la Unió Europea,

sols Malta-. Si ens atenim a la lletra de la llei, en aquests casos, quan un dels cònjuges sigui espanyol o resideixi a Espanya, cal aplicar dret espanyol, però potser seria tècnicament més correcte recórrer, en la mesura del possible, a la institució estrangera que faci les funcions de la desconeguda (per exemple, si dos alemanys arrelats a Espanya es volen separar contenciosament i el seu dret nacional no ho permet –perquè no coneix la figura–, hauria de desestimar-se la demanda tot indicant-los la conveniència d'interposar una acció de divorci). La segona previsió, a la que l'apartat fa al·lusió dient que s'aplicarà el nostre dret a la separació o al divorci d'un ciutadà espanyol o d'una persona establerta a Espanya quan siguin discriminatòria o contrària a l'ordre públic, és triplement desencertada; primerament, per la seva redundància: un divorci discriminatori (*verbi gratia*, el repudi unilateral propi del dret musulmà) és per definició contrari a l'ordre públic; segonament, pel seu reduccionisme: limitar la intervenció de l'ordre públic als casos en què un dels cònjuges sigui espanyol o resideixi habitualment a Espanya és desconèixer la funció tuitiva general de l'ordre públic contra qualsevol vulneració dels principis cabdals de l'ordenament jurídic espanyol amb independència de la nacionalitat i del domicili de les parts; tercerament, per la seva innecessarietat: disposant, a l'art. 12.3 del CC, d'una clàusula general de salvaguarda de l'ordre públic, no té sentit introduir-ne una de particular, que, a més, presenta les deficiències acabades de posar de relleu.

**11.** L'altre mecanisme que pot incidir en la individualització del dret competent és el reenviament de primer grau o de retorn, que, en cas de divorci contenciosos de dos estrangers de la mateixa nacionalitat radicats a Espanya, és possible –art. 12.2 del CC– quan la llei de la seva pàtria –competent en virtut de l'art. 107.2.1 del CC– utilitza com a punt de connexió el domicili (sentència de l'AP de Guipúscoa d'11 d'abril de 2008: dos argentins residents a Espanya). Tan-

mateix, l'experiència que, en matèria de reenviament, s'ha anat acumulant els darrers quinze anys en el nostre país mostra que, a diferència del que va decidir l'Audiència de Guipúscoa, l'acceptació del reenviament no pot ser mecànica, sinó que s'ha de basar en raons de naturalesa substantiva, que, en l'àmbit successori, la doctrina del Tribunal Suprem ha centrat en el manteniment o trencament de la unitat de l'herència. Mancats en el terreny matrimonial de jurisprudència, sembla que l'únic que podria donar peu a una acceptació del reenviament de primer grau seria la preservació d'un interès de dret material no defensable de cap altra manera. Atès que la nostra legislació sobre el divorci -especialment arran de la reforma de 2005- està clarament

inspirada en el principi del *favor divortii*, una bona raó per acceptar el reenviament de retorn seria que la normativa aplicable segons l'art. 107 del CC -coneixedora del divorci sense regular-lo de forma discriminatòria- li posi molts entrebancs. Només en aquestes condicions seria admissible una restitució de la competència legislativa en favor del dret espanyol, que llavors veuria plenament justificada la seva aplicació.

**12.** Acabem. Tot i que cada un dels apartats que integren aquest article hauria de ser objecte de nombroses explicacions complementàries i de concrecions i matisacions de tota mena, en cap moment no hem perdut de vista que del que es tractava en aquestes línies era de fer una aproximació introductòria a les

dificultats que sorgeixen a l'hora de determinar la competència judicial internacional i la llei aplicable en matèria de crisis matrimonials. Som del tot conscients que un examen exhaustiu del tema demanaria un estudi molt més extens, i, per això, remetem el lector interessat a alguna de les monografies que sobre el mateix hi ha en la literatura científica espanyola. Si amb aquestes pàgines hem aconseguit despertar l'interès del professional del dret per un problema amb el que tard o d'hora s'ha de trobar -si és que encara no ho ha fet- o hem pogut ajudar-lo a resoldre alguna de les qüestions de dret matrimonial internacional que quotidianament es plantegen davant els tribunals de justícia, ens donem per enterament satisfets.