



Roj: **SAP IB 3359/2023 - ECLI:ES:APIB:2023:3359**

Id Cendoj: **07040370042023100618**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **4**

Fecha: **22/12/2023**

Nº de Recurso: **122/2023**

Nº de Resolución: **622/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA PILAR FERNANDEZ ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00622/2023

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000122 /2023

SENTENCIA Nº 622/23

ILMOS SRS.

PRESIDENTA:

D^a Maria Pilar Fernández Alonso.

MAGISTRADOS:

D^a Juana M^a Gelabert Ferragut.

D. Gabriel Oliver Agustin Koppen.

Palma de Mallorca, veintidós de diciembre de dos mil veintitrés.

VISTOS por la Sección 4^a de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos **juicio Divorcio seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Manacor, bajo el nº 725-19 , Rollo de Sala 122-23**, entre partes, de una como **demandada- apelante doña Leonor** , representada por el Procurador Sr. Abraham Mora, y de otra, como **demandante-apelada, don Rosendo** , representada por el Procurador Sra. Llull Riera, asistidas ambas de sus respectivos letrados, Sr. Frank Pohle y Sr. Esteban Karmann.

ES PONENTE la Ilma. Magistrada Doña Maria del Pilar Fernández Alonso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Manacor, en fecha 21-12-22, se dictó sentencia, cuyo fallo dice:

"ESTIMAR íntegramente la demanda presentada por D. Rosendo , bajo la representación de la Procuradora de los Tribunales Dña. CATALINA LLULL RIERA, frente a Dña. Leonor , bajo la representación del Procurador de los Tribunales D. JUAN PEDRO ABRAHAM MORA y, en consecuencia:

1. DECLARAR haber lugar a la disolución por divorcio del matrimonio celebrado en Freiburg (Alemania), entre D. Rosendo y Dña. Leonor , el 10 de octubre de 2003.
2. No ha lugar a la condena en costas."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandada, que fue admitido y, seguido el recurso por sus trámites y elevados los autos a esta Audiencia



Provincial, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 5 de diciembre del presente, quedando las actuaciones concluidas para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este Recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los que siguen.

PRIMERO.- La sentencia dictada en primera instancia que decretó el divorcio de los litigantes es recurrida en apelación por la esposa interesando su revocación y que se acuerde la procedencia de aplicación del derecho alemán.

SEGUNDO. - En cuanto al derecho **extranjero**.

Tal y como señala la Ley enjuiciamiento Civil, artículo 281 el derecho **extranjero** debe probarse por quién lo alega. En defecto de prueba del Derecho **extranjero**

Indicando el Tribunal Supremo durante la vigencia del art. 12.6 del Código Civil, semejante al referido art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil actualmente en vigor, que el derecho **extranjero** es tratado como un hecho y por ello debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad del derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación.

El artículo 9.1 y 2 del CC establece que: "1. La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su **nacionalidad**. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior.

2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal

Finalmente, debemos tener en cuenta, a los efectos de la prueba del derecho **extranjero** que la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica **Internacional** en Materia Civil (LCJIMC), establece en su artículo 33.1: "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". Por su parte el artículo 281-2 LEC dispone que "serán objeto de prueba la costumbre y el Derecho **Extranjero**. 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". El artículo 281.2 LEC exige la prueba del Derecho **extranjero** porque el tribunal no tiene la obligación de conocer la Ley extranjera, sino que tan sólo está obligado a conocer las normas jurídicas españolas escritas, así en los supuestos de aplicación de Derecho **extranjero** no opera el principio de iura novit curia. Así, como regla general, cada vez que tenga que aplicarse un Derecho **extranjero**, éste deberá ser probado en el concreto proceso en que se invoque. Y no sólo debe probarse el "contenido y vigencia" del Derecho **extranjero**, sino que estos conceptos deben interpretarse de una forma extensiva, debiendo probar la parte interesada otros extremos del mismo. El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en diversas ocasiones. Por ejemplo, la STS 27 diciembre 2006 dice que también debe probarse la aplicación del Derecho **extranjero** al supuesto concreto en que ha sido invocado. En este sentido la STS 17 julio 2001, establece que "como consecuencia lógica de que los jueces españoles no tienen obligación de conocer el Derecho **extranjero**, se ha exigido históricamente la prueba del mismo (...) siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los órganos judiciales españoles". El derecho **extranjero** debe quedar exhaustivamente probado para que el tribunal español pueda aplicarlo correctamente, se debe acreditar el contenido literal de las normas materiales de tal derecho, no basta con una "mera cita aislada de disposiciones extranjeras" (SAP Baleares 27 abril 2006). Señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de abril de 2008 que la jurisprudencia ha declarado que quien invoca el Derecho **extranjero** ha de acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma y su aplicación al caso litigioso. En igual sentido se pronuncia la STS Sala 1ª, de 27 de diciembre de 2006 que con cita a la de 31 de diciembre de 1994 declara que la prueba corresponde a quien invoca el Derecho **extranjero**. Señalando que de no haberse aportado la prueba de la existencia, contenido y vigencia del Derecho **extranjero** que se estima aplicable, se produce un vacío jurídico que los Tribunales han de llenar fallando de acuerdo con la ley española. Las STSS de 9 de noviembre de 1984 y 10 de marzo de 1993, que afirman que los órganos judiciales tienen la facultad, pero no la obligación de colaborar a la determinación del contenido del Derecho **extranjero** en su caso invocado, con los medios de averiguación que consideren necesarios. Finalmente, la sentencia de 31 de diciembre de 1994, ha establecido la necesaria distinción entre las normas de conflicto (que se limitan a indicar cuál es el



derecho material aplicable a una relación jurídica controvertida) las cuales según el párrafo primero del art. 12 del Código Civil deben ser observadas de oficio, y el propio derecho material, al que no se refiere dicho precepto y que en ningún caso puede ser determinado por el Tribunal. Por otro lado, ante la falta de acreditación del contenido y vigencia de las normas sustantivas del Derecho **extranjero**, la cuestión debe resolverse conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico (SSTS 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 16 de julio de 1991 y 23 de marzo de 1994, 13 de diciembre de 2000, y 17 de julio de 2001). En el mismo sentido la STC de 2 de julio de 2001. La consecuencia de la falta de prueba del Derecho **extranjero** no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español. Así lo ha declarado reiteradamente el TS y el Tribunal Constitucional en su sentencia 155/2001, de 2 de julio, como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva que establece el art. 24 de la Constitución.

La prueba del derecho **extranjero**, en este caso, se fundamenta en un peritaje, aportado como doc. 1 de la contestación, emitido por el propio abogado o persona encargada de la defensa letrada de la Sra. Leonor en Alemania, junto a una compañera de despacho, integrante o colaboradora del mismo, persona esta última que compareció en el juicio como testigo-perito.

La juez "a quo" rechaza el informe emitido por dicha testigo perito por razones que esta sala no comparte, pues, como dice acertadamente la parte apelante, dicho peritaje "fue aportado con la contestación a la demanda, y en ningún momento se escondió o se pretendió confundir respecto de la identidad de los abogados firmantes del poder, todos los abogados del despacho salen en la misma foto y página en Internet con sus datos, currículum etc..., siendo contrario a la lógica pensar que se arriesguen dos profesionales a presentar un dictamen que falta a la verdad, ni mucho menos presentarse ante un tribunal español en calidad de testigo/perito/jurisconsulto, siendo grabado en video y en este contexto realizar falso testimonio, atentar contra el correcto funcionamiento de la administración de justicia y en definitiva cometer un delito de los artículos 458, 459, 460 y 461 del Código Penal por un supuesto interés directo en el hecho que un juzgado solicite un informe de la seguridad social alemana". Tampoco se presentó ningún contraperitaje o testigo que de alguna manera contradijera el contenido del derecho alemán pues la parte de la actora mantuvo un comportamiento pasivo.

El hecho de pertenecer al mismo despacho profesional las autoras del informe sobre aplicación del derecho alemán y la abogada defensora de la demanda no constituye, a juicio de esta sala, causa que prive de validez al mismo. Ninguna labor probatoria se ha desarrollado por la contraparte en tal sentido. Consideramos que dos profesionales, inscritos juristas alemanes) que han pasado dos exámenes estatales, que firman un dictamen estrictamente sobre la vigencia y el contenido del artículo 1587 BGB son hábiles y que dicho dictamen basta para acreditar el contenido y la vigencia de un artículo.

La condición tanto de abogados alemanes como de miembros del despacho es notoria, en ningún momento se ha intentado esconder, de nuevo opinamos que la simple pertenencia a un mismo despacho no debe llevar a la conclusión de la existencia de contraposición de intereses y poner en duda el buen hacer y la honestidad de un profesional a la hora de certificar por escrito y filmado el contenido (totalmente burocrático) de la ley extranjera. Ello además por cuanto, no corresponde al perito dictaminar si procede o no procede la compensación de rentas, es simplemente objeto del peritaje el contenido de la ley alemana que obliga al juzgado alemán solicitar a la Seguridad Social dicho informe antes de decretar el divorcio.

No apreciamos abuso de derecho o fraude alguno que, como es sabido no se presume y exige prueba contundente al respecto (art. 7.2 Cc).

Es por todo lo dicho que entendemos que dos abogados alemanes han certificado el contenido del derecho alemán que a tenor del artículo 107 del código civil y del reglamento 1259/2010 del consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial es aplicable en el presente caso. Y debe procederse según dispone el derecho alemán y en consecuencia debe revocarse la sentencia de instancia para que el juez a quo antes de dictarse la sentencia proceda tal y como indica el art artículo 1.587 del código civil alemán en la forma dicha por el informe acompañado a la contestación a la demanda.

CUARTO.- Al estimarse el recurso, no ha lugar a especial pronunciamiento en cuanto a las de esta alzada por no ser esta decisión confirmatoria de la del primer grado jurisdiccional. (art 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

ESTIMANDO el RECURSO DE APELACION interpuesto por el Procurador Sr. Abraham Mora, en nombre y representación de doña Leonor , contra la sentencia de fecha 21-12-22, dictada por Ilmo. Sr. Magistrado del



Juzgado de Primera instancia nº 3 de Manacor, en los autos Juicio Divorcio de los que trae causa el presente Rollo, **DEBEMOS REVOCARLA** y la **REVOCAMOS** en todos sus extremos, y en su lugar, acordamos que con anterioridad al dictado de la sentencia de divorcio se proceda por el juzgado actuar conforme previene artículo 1587 BGB, solicite al alemán en la forma que consta en el informe acompañado a la contestación a la demanda.

No se hace especial pronunciamiento sobre costas en esta alzada.

Recursos.- Conforme el art. 466.1 de la L.E.C. 1/2000, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella. Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, en virtud de la reforma introducido por la Ley 37/2011 de 10 de Octubre. No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno. Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta Sección cuarta de la Audiencia Provincial, nº 0494, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sala, definitivamente Juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Letrado de la Administración de Justicia certifico.