

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 23. Septiembre 1991

Brioso Díaz, Pilar

Profesora titular interina de Derecho internacional privado de la Universidad de Málaga

LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN MATERIA DE RELACIONES PERSONALES Y PATRIMONIALES ENTRE LOS CÓNYUGES, NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Estudios

Serie: *Internacional*

VOCES: DERECHO INTERNACIONAL. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. DERECHO PROCESAL. DERECHO DE FAMILIA. NULIDAD. SEPARACION. DIVORCIO.

ÍNDICE

- I. Introducción
- II. Planteamiento del problema
- III. Foros generales del artículo 22.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial
 - A. La *prorrogatio fori*
 - B. El domicilio del demandado
- IV. Foros específicos del artículo 22.3º, apartado 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial
 - A. La residencia habitual en España de ambos cónyuges al tiempo de la demanda
 - B. Nacionalidad española y residencia habitual en España del demandante
 - C. Nacionalidad española de ambos cónyuges y mutuo acuerdo
- V. Conclusiones

TEXTO

I. INTRODUCCION

A modo de introducción delimitaremos el tema objeto de este estudio, señalando que el mismo se refiere al análisis de la competencia de nuestros tribunales en materia de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, nulidad, separación y divorcio. Así, nuestro trabajo se centra en los aspectos procesales derivados de la atribución de competencia internacional, sin contemplar los aspectos sustantivos del tema que nos ocupa. Por ello, no realizaremos la distinción pormenorizada de las relaciones que

comprende el título de este artículo que sería necesaria para la búsqueda del derecho aplicable, subsu-
miéndolas todas en el mismo apartado como hace la Ley Orgánica del Poder judicial.

No obstante, antes de iniciar el estudio de los distintos foros de competencia en la materia, conviene
que nos planteemos, aunque sea brevemente, cuál es el significado de estas relaciones jurídicas. Al
respecto, los efectos del matrimonio o relaciones entre los cónyuges (1) se distinguen en personales y
patrimoniales (2). Los efectos personales son los derivados de la vida en común de los casados y
comprenden ciertos derechos y deberes que, en principio, carecen de contenido económico, mientras que
los efectos patrimoniales se refieren a los bienes de los cónyuges y dan origen a derechos y deberes de
contenido básicamente económico o patrimonial (3).

Por su parte, las llamadas «crisis matrimoniales» (4) comprenden varios supuestos (5). En primer lugar,
la nulidad del acto matrimonial, que provoca la ineficacia del matrimonio por haberse infringido en el
momento de la celebración alguno de los presupuestos de fondo o de forma. En segundo término, y
partiendo de un matrimonio válido y eficaz, hay que distinguir la separación, que supone una suspensión de
la vida en común de los casados sin quiebra definitiva del matrimonio, y el divorcio, que conlleva la disolu-
ción del mismo.

Por último, interesa señalar la tendencia a la nulidad que manifiesta la regulación de las «crisis matri-
móniales», tanto internas como internacionales. Ello se aprecia en los artículos 90 a 101 del Código Civil,
relativos a «los efectos comunes a la nulidad separación y divorcio», y en los artículos 102 a 106 del mismo
cuerpo legal, que afectan a las «medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio». También, respecto a la regulación de los supuestos de tráfico externo, el artículo 107, párrafo 1º, del
Código Civil designa una misma ley como aplicable a la separación y el divorcio, aunque omite la aplicable
a la nulidad matrimonial. Además, la Ley Orgánica del Poder judicial establece los mismos foros de
competencia judicial internacional para las causas de nulidad, separación y divorcio, y en materia de rela-
ciones personales y patrimoniales entre los cónyuges. Precisamente al análisis de estos foros se consagra
este trabajo.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Centrándonos ya en el estudio de los «foros» que nos afectan hay que indicar que, como señaló la
generalidad de la doctrina anterior a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 (6), era
necesaria una nueva regulación legal de la materia, ya que la legislación anteriormente vigente presentaba
notorias carencias que obligaban a continuas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, ante las
notorias carencias de la legislación anteriormente vigente. Pero, aun reconociendo esta conveniencia, no
podemos dejar de indicar algunos problemas que suscita la nueva normativa y abogar por su mejora en los
términos en que más adelante iremos exponiendo.

En los próximos epígrafes haremos un examen más pormenorizado y específico de la nueva normativa,
en lo que atañe a la competencia judicial internacional en materia de relaciones personales y patrimoniales
entre los cónyuges, nulidad, separación y divorcio, limitándonos en este apartado a dar una visión global de
la misma.

Al respecto, para establecer la competencia de los tribunales y juzgados españoles en el orden civil el
artículo 22 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se divide en cinco apartados, que
examinaremos someramente a continuación.

En el primero de ellos se establece una lista taxativa de materias que suponen competencia exclusiva
(7) de nuestros juzgados y tribunales, lo que implica que no serán reconocidas las decisiones judiciales
extranjeras que la vulneren. En palabras del profesor CALVO CARAVACA esta exclusividad supone que
«un Estado considera que sus tribunales son los únicos competentes para conocer en relación con deter-

minadas clases de litigios y, por consiguiente, descarta la posibilidad de que sean resueltos por los tribunales de otros Estados con base en otro criterio legal distinto del que fundamenta la competencia de los tribunales del foro o en la voluntad de las partes» (8).

La lista de materias incorporada en el artículo 22.1º (9) tiene como punto de referencia el artículo 16 del Convenio de Bruselas (10) y presenta tanto excesos (el relativo al registro civil) (11) como defectos (la omisión de la nacionalidad) (12), siendo necesario buscar la fuente de inspiración de su contenido esencialmente en una especial vinculación del objeto controvertido con el Estado.

Pero no nos vamos a extender en consideraciones sobre los foros exclusivos, ya que sólo afectan tangencialmente a la materia objeto de nuestro estudio, si bien es obligado señalar que si, como consecuencia de relaciones personales entre cónyuges, nulidad, separación o divorcio, surgiese una controversia que nos condujese a las materias del 22.1º, los tribunales españoles tendrían competencia, y exclusiva, aunque no se diese ninguna de las circunstancias del 22.2º o del 22.3º inciso 3. Pensemos, por ejemplo, en el caso de unos cónyuges bolivianos no residentes en España, que desean dirimir un litigio respecto del derecho de usufructo constituido por el cónyuge propietario de un bien inmueble, sito en España, en favor del otro cónyuge.

El artículo 22.2º de la ley Orgánica del Poder Judicial establece dos foros con carácter general: la prorrogatio fori y el domicilio del demandado.

Esta generalidad implica que, excepción hecha de las materias recogidas en el artículo 22.1º, estos foros determinan la competencia de los tribunales españoles con aplicación al resto de las materias civiles, por lo que serán objeto de estudio específico en este trabajo.

El apartado tercero del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder judicial enumera una larga lista de materias civiles específicas, estableciendo los criterios de determinación de la competencia de los tribunales españoles para cada una de ellas. Concretamente, el inciso tercero alude a la competencia de nuestros tribunales en materia de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, nulidad, separación y divorcio, cuyo estudio constituirá un epígrafe de este artículo.

Por ello, aquí sólo destacaremos que estos foros especiales por razón de la materia, igual que los generales del artículo 22.2.º, son concurrentes o alternativos, al ser taxativa la lista de criterios exclusivos que establece el número 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En este sentido, no parece aceptable la posición sostenida por algún autor (13), consistente en considerar exclusivos todos los «foros» establecidos por el artículo 22 de la Ley Orgánica de Poder Judicial, menos los generales del apartado segundo del precepto legal. En efecto, esto llevaría a admitir, en términos generales, que si en una misma materia el foro que determina la competencia procede del 22.3º la competencia sería exclusiva, mientras que si procede del 22.2º sería concurrente o alternativa.

No es ésta una conclusión lógica, por lo que hay que considerar los foros del 22.3º como concurrentes (14) es decir, admitir que, pese a ser competentes nuestros tribunales para conocer de los litigios en los términos establecidos por este apartado, también pueden conocer de los mismos los tribunales de otro Estado, sin que ello impida el reconocimiento de las sentencias dictadas por éste. La anterior consideración queda avalada por la verificación de la competencia internacional de los tribunales extranjeros en el *exequatur*, por parte del Tribunal Supremo (15). Así, bilateralizando criterios pertenecientes a la Disposición adicional primera de la Ley 30/1981, de 7 de julio (16), se ha otorgado el reconocimiento a sentencias extranjeras, aunque nuestros tribunales también hubieran resultado competentes con base en dicha norma (17).

El artículo 22.4º no es más que una continuación del 22.3º en cuanto a determinación de la competencia de los tribunales españoles por foros específicos en materias concretas que no afectan a nuestro trabajo.

El apartado 5º del artículo 22 establece una norma de aplicación a todas las cuestiones civiles, que

consiste en atribuir competencia a los tribunales españoles cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España. La competencia que pueda derivarse de este apartado tendrá un carácter no exclusivo porque, como ya hemos puesto de relieve (18) la lista de criterios exclusivos del número 1 de la Ley Orgánica del Poder judicial es taxativa (19).

Problema aparte, al que resulta obligado aludir en estas consideraciones introductorias, es el de la posible descoordinación entre los foros de competencia judicial internacional y los foros de competencia interna, establecidos en la Disposición adicional tercera de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

Así, nos podemos encontrar con que el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder judicial atribuya competencia a los tribunales españoles en una determinada materia pero que, sin embargo, el foro creador de esa competencia no se recoja en el Derecho interno. Un supuesto de esta regulación divergente lo constituye uno de los foros del artículo 22.3º, apartado 3, de la Ley Orgánica del Poder judicial, que atribuye competencia en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad, separación y divorcio.

En efecto, existe competencia judicial internacional cuando el demandante es español y residente habitual en España, mientras la Disposición adicional tercera de la Ley 30/1981, de 7 de julio, establece que:

«Será juez competente para conocer de los procesos de nulidad, separación y divorcio el de primera instancia del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será juez competente, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado.

Los que no tuviesen domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante.»

Se nos plantea entonces el problema de que, determinada la competencia de los tribunales españoles conforme al artículo 22.3º, apartado 3, de la Ley Orgánica del Poder judicial, por ser el demandante español y residente en España, no se dé ninguno de los supuestos de la citada Disposición adicional. Situación que se producirá siempre que el matrimonio no haya tenido ningún domicilio conyugal en España, lo que no obsta a que el demandante español lo tenga después de una separación de hecho, y que el demandado ni tenga ni haya tenido domicilio o residencia en nuestro país.

Para solucionar esta situación, consideramos con el profesor AMORES CONRADI, que en «aquellos supuestos en los que el criterio de atribución de competencia internacional, pese a su discordancia con las reglas de determinación de la competencia territorial, permita una localización territorial precisa del litigio, habrá que entender que la regla de competencia internacional no sólo regula ésta, sino también, aun fuera del marco formal de la LEC y pese a la no derogación formal de sus reglas, la competencia territorial interna» (20). Por tanto, en el supuesto planteado, sería competente el juzgado de primera instancia, concretamente el de familia si lo hubiere, del lugar de residencia habitual del demandante.

Pero el problema se acentúa cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye competencia a nuestros tribunales basándose en criterios de naturaleza no territorial, como la común nacionalidad española de los cónyuges que plantean la demanda de mutuo acuerdo. En este caso y partiendo de que, por supuesto, nuestros tribunales tienen competencia (21) una solución sería que las partes plantearan la demanda ante cualquier tribunal competente por razón de la materia (22).

Por último, en resumen y sin perjuicio de la incidencia que puedan tener los apartados 1º y 5º del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder judicial, la competencia de los tribunales españoles en materia de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, nulidad, separación y divorcio viene determinada en el apartado segundo de dicho artículo de forma general y en el tercero de forma específica. En ellos se establecen foros de competencia no exclusiva que, al igual que en el resto del orden civil, han venido a

suplir una situación anterior caótica. A continuación analizaremos las aportaciones de esta nueva normativa.

III FOROS GENERALES DEL ARTICULO 22.2º DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

A.- La prorrogatio fori

La competencia de los tribunales españoles derivada de la voluntad de las partes, manifestada de forma expresa o tácita, está recogida en el artículo 22.2º de la Ley Orgánica del Poder judicial y es aplicable, en principio, a todas las materias civiles.

Las ventajas de la prorrogatio fori han sido resaltadas (23), habiendo sido considerada incluso como un principio admitido en todos los países civilizados (24). Ahora bien, la prorrogatio fori no implica una absoluta libertad de las partes respecto de la atribución de competencia, mostrando la doctrina reticencias a una aceptación ilimitada del principio, a partir de la idea de que debe existir una mínima conexión de las partes con el foro a favor del que se realiza la prorrogación de la competencia (25).

Estos límites van encaminados a evitar el denominado forum shopping, impidiendo que la prorrogatio fori se convierta en un mecanismo de fraude de ley (26), teniendo en cuenta la incidencia que tiene la modificación de la competencia judicial internacional sobre la solución material del litigio (27). Esto nos conduce al análisis de la aceptabilidad de la prórroga de competencia en materias que se consideran exclusivas de la competencia de un Estado a pesar de que, en materia matrimonial, no existan foros exclusivos en la Ley Orgánica del Poder judicial. El tratamiento del tema se justifica por su alcance teórico y su interés por la eventual calificación por una legislación extranjera de foros exclusivos en esta materia.

En principio, la validez y eficacia de los acuerdos de elección o de exclusión de foro (28) debe ser enjuiciada de acuerdo con la ley del Estado ante cuyos tribunales se plantea esta cuestión (29), pero ante la omisión legal, la respuesta tiene que venir por vía doctrinal o jurisprudencial. Así, hay autores que consideran que no cabe atribución de competencia por sumisión de las partes en materias de competencia exclusiva por el carácter de interés público de las mismas (30). También se ha argumentado que si el legislador ha establecido una competencia como exclusiva será porque entiende que debe serlo en países extranjeros, por lo que debe negarse la prórroga (31).

Ahora bien, la bilateralización del artículo 22.1º de la Ley Orgánica del (32) Poder Judiciales matizable, como apunta el profesor ESPINAR VICENTE porque si una materia es de competencia exclusiva en nuestro país, como la reivindicación del usufructo de un bien inmueble situado en España, pero las partes prueban que no lo es en la legislación del país donde radique el bien inmueble, no tenemos por qué exportar nuestras categorías legales, debiendo ser posible la prórroga de competencia (33).

Por el contrario, si en la legislación del país donde radique el bien inmueble los derechos reales son materia de competencia exclusiva de sus Tribunales, no parece que nuestros Tribunales deban aceptar la sumisión que les nevaría a conocer sobre la posible reivindicación del usufructo de ese bien. En este caso, considero que el aceptar la prorrogatio fori resultaría difícilmente justificable, ya que iría en contra tanto de nuestros propios criterios como de los del país que se atribuye la competencia exclusiva (34).

Las anteriores consideraciones las hemos realizado desde una perspectiva genérica, debiendo centrarnos ahora en la problemática de dilucidar si cabe la determinación de la competencia por sumisión voluntaria de las partes en materia de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, nulidad, separación y divorcio.

Al respecto, creemos que la sumisión a nuestros tribunales es válida en materia matrimonial, teniendo como límite únicamente la necesaria conexión con el foro que deben tener las partes para que se admita la

prorrogatio fori (35). Esto se deriva de que, con carácter general (36) las relaciones entre los cónyuges no entran en la lista de competencias exclusivas del artículo 22.1º y, aunque fueran de competencia exclusiva en un determinado país con el que los cónyuges estuvieran relacionados, el juez español no tiene por qué verse vinculado por la legislación extranjera.

Sin embargo, la aceptación de la validez de la sumisión en ciertos aspectos del Derecho matrimonial pudiera verse afectada a la luz de otras dos normas de nuestro sistema jurídico:

La primera de ellas es la Disposición adicional tercera de la Ley 30/81, de 7 de julio, que deniega en su último párrafo la posibilidad de prórroga de jurisdicción por acuerdo de las partes que modifique las competencias allí establecidas (37). Por tanto, en Derecho interno no cabe prorrogatio fori en materia de nulidad, separación y divorcio.

La segunda es el tercer foro del inciso tercero del artículo 22.3º de la Ley Orgánica del Poder judicial, que determina la competencia de los tribunales españoles cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro. Esto podría llevarnos a pensar que el legislador ha pretendido con este foro determinar un supuesto que constituya una excepción a la norma de Derecho interno a la que acabamos de aludir, salvando así la incoherencia entre Derecho interno y Derecho internacional (38). Ahora bien, la prohibición de la Ley 30/1981 sólo afecta a la nulidad, separación y divorcio, por lo que, aparte de cuando se dé la común nacionalidad española y el mutuo acuerdo en estas materias, también cabría la prorrogatio fori, siguiendo esta teoría, en los casos de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges (39).

Pero, a pesar de estas normas, a favor de la posibilidad de sumisión voluntaria en todas las materias a las que afecta el inciso tercero del 22.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se puede argumentar que el artículo 22.2º del mismo cuerpo legal establece con carácter general el foro de la sumisión y que el 22.3º determina que los foros específicos allí contenidos lo son «en defecto de los anteriores» (40)

Por ello, aun con las reservas que se derivan de la posible toma en consideración de este último punto de vista, interpretamos que el foro de la nacionalidad española y común acuerdo entre las partes incorpora una «excepción» al principio general de la *prorrogatio* del 22.2º. Ello significa que la *prorrogatio* es posible en esta materia pero sólo en los términos que fija el último supuesto del tercer apartado del 22.3º de la Ley Orgánica del Poder judicial.

B. El domicilio del demandado

El artículo 22.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su inciso segundo prevé la competencia de los juzgados y tribunales españoles con carácter general cuando el demandado tenga su domicilio en España (41).

Se trata de un foro que es prácticamente un «comodín» en las legislaciones internas (42), habiéndose señalado, entre sus numerosas ventajas, que expresa la idea del Juez natural y que gracias a él se facilita al demandado su derecho de defensa (43). Estas ventajas se extienden también al demandante (44), pues suele acercar el litigio al lugar donde normalmente se ejecutará la sentencia, en caso de serle favorable, y en circunstancias ordinarias el juzgado ejecutante estará más cerca de los posibles bienes y derechos ejecutables del demandado. Además, su vigencia está ratificada (45) en el Convenio de Bruselas (46) con lo que se afirma su carácter de foro de competencia internacionalmente reconocido (47).

Por otra parte, sin embargo, a la utilización del foro del domicilio se le puede objetar que el propio concepto de domicilio no es claro (48) y difiere en los distintos ordenamientos jurídicos (49), además de plantear el problema de su diferenciación con la residencia habitual.

Al respecto, se ha llegado a considerar que no existe distinción entre ambos términos y que la residencia habitual no es más que la nueva forma de llamar al domicilio en el ámbito internacional (50) y, en nues-

tro ordenamiento, basándonos en el artículo 40 Código Civil podríamos identificar ambos términos y configurarlos como uno solo (51).

Sin embargo, a pesar de que estos primeros argumentos nos hacen pensar que no existe diferencia entre ambos conceptos, lo cierto es que, como decía BATIFFOL (52) las críticas al domicilio son las que hicieron que internacionalmente fuese tomando fuerza el foro de la residencia habitual (53) y, en nuestro país, ESPINAR VICENTE ha tratado de diferenciar ambos conceptos. El autor ha basado la diferencia en la valoración jurídica que conlleva el domicilio y la naturaleza fáctica de la residencia habitual, salvando la redacción del artículo 40 del Código Civil en una interpretación sistemática con otros artículos del mismo texto legal (54). Así, nos dice que «en el domicilio se concreta la calificación técnico-jurídica de una residencia habitual legalmente reconocida, frente al concepto más elástico de residencia, que puede corresponder o no con el domicilio» (55).

Si a esto añadimos que las más modernas codificaciones en la materia, como la Ley Federal Suiza sobre Derecho internacional privado (56), diferencian domicilio y residencia habitual, y que el propio legislador español parece que ha querido acoger de forma clara esta distinción en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la no equiparación de ambos términos parece probada.

Pero no podemos olvidar que el que tenga residencia habitual en España tiene automáticamente el domicilio del artículo 40 (57). Por ello, sí bien al analizar los foros específicos partiremos de la distinción querida por el legislador entre estos dos conceptos, no dejaremos de considerar qué sucedería si equiparásemos e identificásemos el uno con el otro. Tesis, por otra parte, perfectamente sostenible a la luz de lo expuesto y que en algunas ocasiones nos puede conducir a resultados más satisfactorios, además de poner de manifiesto la enorme importancia que tiene el optar o no por la identificación de ambos términos, especialmente en materia de competencia de los tribunales españoles en relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, nulidad, separación y divorcio.

Por último, en cuanto a la aceptabilidad del foro domicilio del demandado en materias que se consideren exclusivas de la competencia de un Estado, nos remitimos a lo expuesto respecto a las relaciones entre la *prorrogatio fori* y las competencias exclusivas (58). De igual modo, las relaciones entre domicilio del demandado y foros específicos del artículo 22.3º en materia matrimonial presentan en nuestra opinión un fuerte paralelismo con las que se plantean entre sumisión y foros específicos, por lo que nos remitimos a lo ya dicho (59).

IV. FOROS ESPECIFICOS DEL ARTICULO 22.3º APARTADO 3º DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

A. La residencia habitual de ambos cónyuges en España al tiempo de la demanda

El primer foro que establece el artículo 22.3º, 3, de la Ley Orgánica del Poder judicial para determinar cuándo son competentes de forma no exclusiva los juzgados y tribunales españoles en materia de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, nulidad, separación y divorcio es el de que «ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda».

Con el establecimiento de este foro el legislador parece haber optado por la distinción entre domicilio y residencia habitual, respecto a la polémica entre su diferenciación o equiparación a que antes nos referíamos (60).

En efecto, recogido en el artículo 22.2º el foro del domicilio del demandado, aplicable a esta materia, si el legislador hubiese aceptado la identificación entre domicilio y residencia habitual, no tendría sentido establecer un foro que exija la residencia habitual de ambos cónyuges al tiempo de la demanda para conferir competencia a los tribunales españoles, pues bastaría con que uno de ellos la tuviese (el deman-

dado) para poder acudir al foro del domicilio del demandado, siendo irrelevante que la tuviese también el otro.

Indudablemente éste puede ser un error del legislador (61), pero también se puede interpretar como una voluntad diferenciadora entre domicilio y residencia habitual, en la que esta última aportaría la ventaja de su esencial característica consistente en que su apreciación se deriva de criterios puramente fácticos (62).

Por otra parte, el legislador da primacía al domicilio y a la residencia habitual como foros de competencia frente a la nacionalidad (63). Y, entre los dos primeros, da mayor fuerza al domicilio que puede determinar la competencia de los tribunales españoles al concurrir en uno solo de los cónyuges (el demandado), mientras que para que la residencia habitual produzca el mismo efecto tienen que tenerla los dos cónyuges (64).

Pero no basta con que ambos cónyuges tengan residencia habitual en España para establecer la competencia de los tribunales españoles en materia de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, nulidad, separación y divorcio. Es necesario que la residencia común en España se dé al tiempo de la demanda, es decir, que al legislador no le resulta bastante el que la hayan tenido si la han perdido después. Esta fijación del momento en el que el criterio de atribución de competencia es operante resulta imprescindible precisamente por tratarse de un criterio esencialmente mutable, en atención a la eventual incidencia del cambio de residencia respecto de la atribución de competencia judicial internacional (65).

Esta concreción temporal del criterio atributivo de competencia podría considerarse trasladable a los demás foros, ya que los mismos están redactados en tiempo presente (por ejemplo, el art. 22.2º dice que los tribunales españoles serán competentes en el orden civil cuando el demandado tenga domicilio en España).

Otro problema que puede suscitarse con la redacción dada por la ley, que concreta la residencia común «al tiempo de la demanda», es el de si será aplicable este foro cuando exista mutuo acuerdo.

Siendo nuestra postura el admitir la prorrogatio fori en materia matrimonial, excepto para los procesos de nulidad, separación y divorcio (66), el problema carece de sentido, pues será de aplicación el primer foro del artículo 22.2º siempre que al menos uno de los cónyuges tenga residencia en España, con lo que se preservaría la mínima conexión necesaria para aceptar la sumisión (67).

Ahora bien, aun en las materias para las que no aceptamos la prórroga de competencia, en nuestro Derecho la respuesta sería igualmente afirmativa, sin que se pueda colegir del término «demanda» que el legislador haya tratado de excluir de este criterio de atribución de competencia al mutuo acuerdo. En efecto, si bien en un principio este concepto parece ser incompatible con un acuerdo previo al proceso y evoca per se una contienda, sin embargo, lo cierto es que la propia Disposición adicional quinta de la Ley 7/1981 parece denominar «demandas» a las peticiones de separación y divorcio de mutuo acuerdo.

Finalmente, señalar que la residencia habitual como foro de competencia se utiliza frecuentemente en la comunidad internacional (68), como pone de relieve la Ley alemana de nueva regulación del Derecho internacional privado de 25 de julio de 1986 (69).

Esta Ley, que a pesar de su amplitud y especificidad ha sido tildada de incompleta por la doctrina alemana (70), reforma la Ley de Procedimiento Civil en materia de competencia de los tribunales alemanes en asuntos matrimoniales, siendo de destacar que algún autor (71) alude a que este tratamiento es ajeno al Derecho internacional privado siguiendo la tesis de excluir del contenido de nuestra disciplina todo lo que no se refiera exclusivamente al «conflicto de leyes» (72).

Así, el artículo 4º de la Ley de Reforma modifica, entre otros, el artículo 606.a) de la Ley de Procedimiento Civil, que, tras un primer foro basado en la nacionalidad, establece tres criterios de atribución de competencia centrados en la residencia habitual, que otorgan competencia a los tribunales alemanes para asuntos matrimoniales (73).

Al respecto, lo que más nos interesa es señalar que en la Ley alemana se prescinde del domicilio a favor de la residencia habitual, operando esta última, en condiciones normales, sobre la base de que sólo es necesario que uno de los cónyuges sea residente habitual en Alemania y sin hacer distinción alguna entre que el residente habitual sea el demandante o el demandado.

B. Nacionalidad española y residencia habitual en España del demandante

La Ley Orgánica del Poder judicial establece aquí un foro de competencia de los tribunales españoles que atiende sólo a criterios que se refieren al demandante, independientemente de las circunstancias que se den en el demandado, aunque se ha suprimido la referencia específica que a estos efectos se hacía en la Disposición adicional primera de la Ley 30/81, de 7 de julio, antecedente legislativo regulador de la materia objeto de nuestro análisis (74).

Si equiparásemos domicilio y residencia habitual no habría ningún inconveniente en que este foro se hubiese designado sólo para el caso de que las circunstancias en él recogidas se refiriesen al demandante, pues ello no implicaría más que seguir la tesis de que el arraigo del demandado con el lugar es de mayor relevancia, a efectos de aceptación de competencia, que el arraigo del demandante. Esto, además, se deduce del hecho de que el foro genérico del artículo 22.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial se refiere al domicilio del demandado y no abarca el supuesto de que ese domicilio sea del demandante.

Así, el foro que nos ocupa (nacionalidad española y residencia habitual del demandante en España) no sería necesario establecerlo respecto al demandado, pues bastaría que éste tuviese residencia habitual en España, independientemente de su nacionalidad, para que, conforme al artículo 22.2º, se predicase la competencia de nuestros tribunales. De esta forma, siempre que aceptáramos que quien tiene residencia habitual tiene también domicilio, el legislador no estaría más que diciendo que para determinar la competencia de nuestros tribunales en materia de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, nulidad, separación y divorcio es suficiente que el demandado tenga residencia habitual en España, mientras que es necesario que el demandante tenga, además de esa residencia, nacionalidad española. Si bien, como ya apuntamos anteriormente, esta teoría traería consigo la inutilidad del foro específico primero (el de la residencia habitual en España de ambos cónyuges al tiempo de la demanda) (75).

Sin embargo, ya veíamos cómo parecía clara la intención del legislador de diferenciar domicilio y residencia habitual (76) lo que nos va a conducir a una situación incongruente.

Efectivamente, si dadas las diferencias de matiz existentes entre domicilio y residencia habitual es más difícil que un individuo tenga residencia habitual y nacionalidad española que el que tenga sólo domicilio en nuestro país, no es lógico que este foro que nos ocupa no se haya referido también al demandado, pues cabe la posibilidad de que tenga nacionalidad española y residencia habitual en España, pero no domicilio. Por tanto, en este supuesto, no habría competencia de nuestros tribunales, con lo cual la habría en lo menos, pero no en lo más, ya que bastaría con que el demandado tuviera domicilio en España para que hubiese competencia de nuestros tribunales, pero no la habría si el demandado tuviese residencia habitual, y además nacionalidad española, pero no domicilio.

En cualquier caso y aunque prescindiésemos de valoraciones en cuanto a si implica mayor o menor arraigo el domicilio solo o la residencia habitual y la nacionalidad juntas, parece claro que al menos dos opciones distintas de la adoptada por el texto legal hubieran clarificado el tema. La primera opción consiste en considerar que una de las partes (el demandado) debe ser tenida más en cuenta a efectos de aceptación de competencia por criterios como pueden ser el de facilitar el derecho de defensa o la ejecutabilidad de la resolución que, en su caso, pudiera recaer, y así establecer foros que tengan en cuenta ciertas circunstancias tanto si se dan en el demandante como en el demandado y otras que sólo operan si se dan en el demandado. La segunda opción supone prescindir de diferenciar a las partes en este sentido, esta-

bleciendo foros comunes que afecten tanto al demandante como al demandado, tal como hacen, por ejemplo, la legislación alemana y la suiza (77).

Por otro lado, cabría pensar que el legislador lo que ha pretendido con este foro es atender a determinados supuestos en que nacionales españoles y residentes aquí no pueden, por cualquier motivo, demandar en el extranjero y así darles la oportunidad de poder acceder a algún tribunal y no quedar desprotegidos. En este caso sí sería lógico que este foro rigiese sólo cuando las circunstancias atributivas de competencia se diesen en el demandante, pues al demandado siempre cabría demandarlo en el lugar de su domicilio en España en virtud del segundo foro del artículo 22.2º, de la Ley Orgánica del Poder judicial.

Aquí sí cobraría sentido la redacción de este foro pero, para evitar la falta de protección del nacional español hubiera sido mejor que el legislador no hubiera añadido al requisito de la nacionalidad el de la residencia habitual.

Más bien parece que todo obedece a una falta de previsión del legislador al derogar la Disposición adicional primera de la Ley 7/1981 (78) pues si bien la misma caía en el mismo error de exigir para que los tribunales españoles fueran competentes que además de ser español el demandante tuviese residencia en nuestro país, no planteaba el problema que hasta ahora hemos abordado, ya que bastaba con que el demandado fuese residente en España (no hacía falta que tuviese aquí su domicilio) para determinar la competencia de nuestros tribunales conforme a su cuarto apartado. Ahora bien, no se entendía cuál era la utilidad del apartado segundo de la misma disposición que exigía la residencia de ambos cónyuges, si no pensásemos que este foro se aplicaba sólo en los casos en que existiese mutuo acuerdo, ya que allí no se pedía, a diferencia de la actual Ley Orgánica del Poder judicial, que la residencia habitual de ambos cónyuges fuese «al tiempo de la demanda» (79).

Pero no es éste el único problema que plantea el foro que comentamos, pues el legislador, en su afán de aminorar la importancia del foro de la nacionalidad, ha determinado que ésta por sí sola no valga en ningún caso para determinar la competencia de los tribunales españoles, si no va acompañada de alguna otra circunstancia que la refuerce. Así, la nacionalidad española del demandado, a efectos de generar la competencia de nuestros tribunales, no sirve ni por sí sola ni acompañada de cualquier otra circunstancia si no concurre con la del demandante, requiriéndose, además, el mutuo acuerdo. Por su parte, el demandante español necesita también residencia habitual en España para que puedan declararse competentes nuestros tribunales.

Precisamente el planteamiento de este segundo supuesto del artículo 22.3º, 3, de la Ley Orgánica del Poder judicial nos conduce a la siguiente reflexión:

¿Qué sucederá en el caso de que un español no residente en España quiera interponer una demanda en materia de relaciones personales o patrimoniales entre cónyuges, nulidad, separación o divorcio contra su cónyuge no español ni domiciliado aquí en un supuesto en que ninguna legislación extranjera declare competentes a sus tribunales?

Pensemos en un español residente en la República de Irlanda, casado con una irlandesa y que pretende obtener el divorcio. Los tribunales irlandeses no le admitirán la demanda, ya que allí no está permitido el divorcio, y los tribunales españoles, a tenor del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder judicial, tampoco, pues la nacionalidad española del demandante no va acompañada de residencia habitual en España.

Una solución a este problema radicaría en que el español que, por un funcionamiento anómalo de las leyes nacionales y extranjeras, se encontrase con que ningún tribunal se declara competente para resolver su pretensión, pudiera solicitar de los tribunales españoles que conozcan de la misma, con base en el artículo 24.1º de la Constitución Española (80) que atribuye a las personas el derecho a la tutela judicial efectiva (81). Pero esta misma norma constitucional consagra, paralelamente al derecho a la tutela judicial

efectiva, el derecho a obtener unas garantías frente a la indefensión (82). Esto implica, en palabras del profesor VIRGOS SORIANO, que «en el campo de la competencia judicial internacional ambas exigencias se traducen en una garantía de acceso a la justicia (de modo que se abra un foro de competencia siempre razonable para obtener esa tutela judicial), y una garantía de los derechos de defensa (de modo que no se imponga a la otra parte una carga irrazonable al obligarle a defenderse ante nuestros tribunales)» (83).

Ahora bien, en el supuesto que nos ocupa, parece que primaría el primer derecho de los protegidos por el artículo 24 de la Constitución Española, porque estamos tratando el caso de un español que no tiene posibilidad alguna de que un tribunal conozca de sus legítimas pretensiones en materia matrimonial. Aquí, por tanto, no se daría el posible foro exorbitante (84), que devendría en caos, de que se estableciera la competencia de nuestros tribunales basada sólo en la nacionalidad española de una de las partes, sin acompañar por ningún otro criterio o circunstancia (85). Por ello, creo que en este caso se podría acudir a la noción del foro de necesidad (86) que motivaría la competencia de nuestros tribunales, a falta de una previsión legal al respecto que, como veremos a continuación, existe en otras legislaciones.

En este sentido, se puede poner como ejemplo a la legislación portuguesa que, en el artículo 65.1º, d), del Código de Procedimiento Civil, prevé que los tribunales portugueses serán competentes en el caso de que el derecho solamente pueda ser realizado por una acción interpuesta ante un tribunal portugués, siempre que existan lazos efectivos de naturaleza personal o real que puedan unir la causa con el territorio portugués.

El tenor de este precepto suscita la cuestión de delimitar su ámbito de aplicación. Según la doctrina portuguesa (87) es evidente que el precepto comprende la hipótesis de una verdadera imposibilidad jurídica, es decir, el caso de un conflicto negativo entre las normas de diversos Estados relacionados con la situación, conducente a la ausencia total de una jurisdicción internacional competente en la materia (88).

En igual sentido, la reciente legislación suiza prevé de forma específica y en varias ocasiones la posibilidad de que suceda algo parecido, para lo que arbitra soluciones concretas, lo que nos conduce, dada su minuciosidad y previsión, a realizar un estudio más detallado del contenido de la misma (89). En principio, la ley establece un sistema abiertamente no nacionalista (90) que, entre los foros del domicilio y de la residencia habitual, da preferencia al primero, dejando que rijan el segundo criterio sólo en su defecto (91). Pero es en el artículo 47 donde se recoge, por primera vez, una previsión legislativa relativa a la nacionalidad en los siguientes términos:

«Si los esposos no tienen domicilio ni residencia habitual en Suiza y uno de ellos es suizo, las autoridades judiciales o administrativas del lugar de origen son competentes para conocer de las acciones u ordenar las medidas relativas a los efectos del matrimonio, si la acción no puede ser intentada ante la autoridad del domicilio, o de la residencia habitual de los esposos» (92).

Por su parte, el artículo 51 de la sección tercera regula la competencia para conocer de las acciones u ordenar medidas relativas al régimen económico matrimonial, subsiguientes a la defunción de uno de los esposos (93) declarando competente al tribunal suizo que lo sea para liquidar la sucesión.

Al respecto, en el artículo 87, tras haberse proclamado el foro del domicilio como primera norma de competencia en el artículo 86, se establece nuevamente un foro idéntico al del artículo 47 para evitar la falta de protección judicial de los nacionales suizos. En este sentido, en su párrafo primero se establece la competencia de las autoridades judiciales o administrativas del lugar de origen del difunto en los asuntos relativos a la sucesión de un nacional suizo domiciliado en el extranjero en el momento de su defunción y siempre que las autoridades extranjeras no se declaren competentes.

Por otra parte, en el párrafo segundo de este mismo artículo 87 (94) se establece la competencia de las autoridades del lugar de origen para el caso de defunción de un suizo domiciliado en el extranjero que, por testamento o pacto sucesorio, haya sometido a la competencia de las autoridades suizas, o al Derecho suizo, la totalidad de la sucesión o la parte de la misma que se halle en Suiza, con reserva del párrafo

segundo del artículo 86.

Vemos así cómo la nacionalidad, unida a la voluntad del difunto, hace que el legislador suizo establezca la competencia aun por encima del foro del domicilio. Asimismo es de hacer notar que la competencia se determina en el caso de sumisión no sólo a los tribunales suizos, sino también al Derecho suizo, con lo que nos encontraríamos ante un *forum-legis* (95).

Por último, respecto a la separación y al divorcio (96) la Ley suiza sigue los criterios que inspiraron al legislador español, domicilio antes que nacionalidad y menor exigencia en el foro del demandado que en el demandante. Pero la diferencia respecto al foro nacionalidad aparece una vez más, pues el artículo 60 (97) establece que si ninguno de los cónyuges está domiciliado en Suiza y uno de ellos es suizo, los tribunales del lugar de origen son competentes para conocer de una acción de divorcio o separación si la acción no puede ser ejercitada en el domicilio de uno de los esposos.

Además, el artículo 64 dispone que los tribunales suizos son competentes para conocer de una acción complementaria o modificativa de una sentencia de divorcio o de separación si ellos han pronunciado la sentencia o si son competentes conforme a los artículos 59 ó 60 (98).

C. Nacionalidad española de ambos cónyuges y mutuo acuerdo

El último de los foros específicos de competencia de los tribunales españoles en materia de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, nulidad, separación y divorcio, según se recoge en el último supuesto del artículo 22.3º de la Ley Orgánica del Poder judicial, es el de que:

«Ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro.»

Es el único foro de competencia que prescinde del domicilio y la residencia y se fija sólo en la nacionalidad para atribuir a los jueces y tribunales españoles competencia en esta materia, pero como vamos a tener ocasión de examinar lo hace de una forma demasiado restringida.

En primer lugar, la nacionalidad española han de tenerla ambos cónyuges, sin que baste con que la tenga uno solo de ellos, y ha de ser actual a tenor de la redacción del precepto, sin que quepa englobar el supuesto de pérdida.

Pero quizá la restricción más importante es la exigencia adicional del mutuo acuerdo, lo que hace que este foro sea inoperante (99), excepto para los casos de nulidad, separación y divorcio (100) como resultado de haber aceptado la *porrogatio fori* como criterio de atribución de competencia judicial internacional en las restantes materias matrimoniales, conforme al artículo 22.2º de la Ley Orgánica del Poder judicial que establece con carácter general el foro de la sumisión.

Por ello, pensamos que hubiera sido mejor que el legislador no restringiera aún más el foro que se recogía en la Disposición adicional primera de la Ley 30/1981, es decir, que bastara la nacionalidad española de ambos cónyuges para atribuir competencia a nuestros tribunales, sin necesidad de mutuo acuerdo.

Por último, queremos poner de relieve que todas estas restricciones obedecen a la intención del legislador de evitar que el foro de la nacionalidad se constituya en delimitador *per se* de la competencia de nuestros tribunales. Y esta postura, aunque salvaguarda la existencia de posibles competencias exorbitantes (101) olvida que el foro nacionalidad tiene ventajas (102) además de inconvenientes (103), como muestra su acogida en otras legislaciones, como la última reforma alemana de Derecho internacional privado (104). En efecto, en la nueva Ley alemana serán competentes para conocer de asuntos matrimoniales los tribunales alemanes cuando uno de los cónyuges sea alemán o lo fuera en el momento de contraer matrimonio (105).

Además, la nacionalidad deberá ser tenida en cuenta en los supuestos en los que pueda necesitarse la protección de los tribunales españoles (106), en virtud del artículo 24 de la Constitución Española, que

consagra el principio de tutela judicial efectiva (107).

V. CONCLUSIONES

La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, nulidad, separación y divorcio se encuentra regulada específicamente en el tercer apartado del artículo 22.3º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial, que ha venido a superar las deficiencias de la legislación anteriormente vigente. En este sentido, la nueva regulación merece una valoración inicial positiva por suponer un proceso racionalizador que ha sabido dar al tema un tratamiento unitario y estructuralmente ordenado.

Sin embargo, la nueva normativa puede ser juzgada de forma matizadamente negativa, además de por cierta falta de coordinación entre los foros generales y los específicos, por el escaso papel reservado a la nacionalidad, debiendo haber configurado ésta un foro de competencia residual que garantizara el derecho a la tutela judicial efectiva de los españoles que proclama la Constitución.

Así, el legislador, en su afán de aminorar la importancia del «foro» de la nacionalidad, ha dispuesto que ésta, por sí sola, no valga en ningún caso para determinar la competencia de los tribunales españoles. Ello nos lleva a considerar qué sucederá en el caso de que un español no residente en España quiera interponer una demanda en materia de relaciones personales o patrimoniales entre los cónyuges, nulidad, separación o divorcio contra su cónyuge no español ni domiciliado aquí en un supuesto en que ninguna legislación extranjera declare competentes a sus tribunales. Creemos que, en este caso, la competencia de nuestros tribunales se derivaría del artículo 24.1º de la Constitución Española, que atribuye a las personas el derecho a la tutela judicial efectiva.

NOTAS:

(1) Cfr. GONZALEZ CAMPOS, «Relaciones entre los cónyuges y régimen económico matrimonial», en GONZALEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. II, 2ª edición, Oviedo, 1989, pág. 173.

(2) Si bien señala el profesor AGUILAR BENITEZ DE LUGO que «lo personal y lo patrimonial se combinan con predominio de uno u otro factor, por lo que sólo cabe hablar de efectos predominantemente personales o económicos del matrimonio», «El artículo 9 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, obra dirigida por ALBADALEJO, tomo I, Jaén, 1978, pág. 145.

(3) Dentro del sistema español de Derecho internacional privado véase ABARCA JUNCO, «Sobre los efectos o relaciones personales entre los cónyuges en Derecho internacional privado», *RED*, 1983, págs. 43 y sigs.; AGUILAR BENITEZ DE LUGO, «El artículo 9 del Código Civil», ob. cit., págs. 135 y sigs.; *ibidem*, «Relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges», en AGUILAR NAVARRO, *Lecciones de Derecho civil internacional español*, Madrid, 1982, págs. 203-226; AMORES CONRADI, «Las relaciones entre cónyuges en el Derecho internacional privado de la familia: valores jurídicos y técnicas de reglamentación», *Anuario de Derecho civil*, 1987, págs. 89 y sigs.; BOUZA VIDAL, en la revisión a la 9ª edición de MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, vol. II, 1982, págs. 356-376; GONZALEZ CAMPOS, «Efectos del matrimonio», en AGUILAR NAVARRO, *Derecho civil internacional*, 4ª edición, Madrid, 1975, págs. 373-411; *ibidem*, «Relaciones entre los cónyuges y régimen económico matrimonial», ob. cit., págs. 173-199; MARTIN LOPEZ, «Los efectos del matrimonio en la reciente reglamentación española de Derecho internacional privado», *Anuario de Derecho internacional*, vol. I, 1974, págs. 73-94; *ibidem*, «Comentario al artículo 9.3º», *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. I, Madrid, 1977, págs. 440-449; *ibidem*, *Derecho internacional privado español. Parte especial*, II, *Derecho civil internacional*, 5ª edición, Granada,

1989, págs. 161-192; PEREZ VERA, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, 1980, págs. 197-213.

(4) Cfr. GONZALEZ CAMPOS, «Nulidad, separación y disolución del matrimonio», en GONZALEZ CAMPOS y otros, ob. cit., págs. 149-150.

(5) Sobre el tema, en la doctrina española véase ABARCA JUNCO, «Divorcio y separación en el Derecho civil internacional», en AGUILAR NAVARRO, *Derecho civil internacional*, ob. cit., págs. 327-371; ESPINAR VICENTE, «Suspensión y fin de los efectos del matrimonio», en PEREZ VERA, *Derecho internacional privado. Parte especial*, ob. cit., págs. 214-224; GONZALEZ CAMPOS, «Nulidad, separación y disolución del matrimonio», en GONZALEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, ob. cit., págs. 149-170; IGLESIAS BUIGUES, en la revisión a la 9ª edición de MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, ob. cit., págs. 345-356; MARIN LOPEZ, *Derecho internacional privado español*, ob. cit., págs. 138-160; TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, en AGUILAR NAVARRO, *Lecciones de Derecho civil internacional español*, ob. cit., págs. 115-202.

(6) GONZALEZ CAMPOS Y RECONDO PORRUA hablaron de la imperiosa necesidad de revisar la vigente ordenación positiva de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, Bilbao, 1981, pág. 69; ESPINAR VICENTE califica la situación anterior de «callejón sin salida», *Derecho procesal civil internacional*, la Ley, 1988, pág. 22; y CORTES DOMINGUEZ se refiere a la incertidumbre del sistema, en *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 1981, pág. 31.

(7) MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, Padua, 1954, págs. 314-315, ibid. «La competenza dell'autorità giudiziaria straniera nel giudizio di delibazione», *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Milán, 1961, pág. 328; HOLLEAUX, *Competenze du juge étranger et reconnaissance des jugements*, París, 1970, págs. 34-60; GONZALEZ CAMPOS Y FERNANDEZ ROZAS, *Derecho internacional privado. Materiales de prácticas*, Madrid, 1983, págs. 473, 491-492; BRESCHI, *La competenza dei tribunali stranieri nel nuovo ordinamento deigiudizio dei delibazione*, Macerata, 1925, págs. 36 y 39; MIELE, *Il riconoscimento delle sentenze matrimoniale straniere*, Milán, 1949, pág. 10; MIAJA DE LA MUELA, «Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international», *R. des C.*, 1972, I, pág. 75; FRAGISTAS, «La compétence internationale exclusive en droit privé», *Studi in onore di A. Segni*, II, Milán, 1967, págs. 211-212; GONZALEZ CAMPOS, «Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé», *R. des C.*, 1977, II, págs. 275, 300-303, 307-311.

(8) Cfr. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, 1986, pág. 29; véase FRAGISTAS, «La compétence internationale exclusive en droit privé», ob. cit., pág. 202; LUZZATTO, «In tema di inderogabilità ad esclusività della giurisdizione italiana», *RDI*, 1962, pág. 564.

(9) Véase ALVAREZ GONZALEZ, «Distribución de competencias exclusivas en materia de arrendamientos de inmuebles», *La Ley (Comunidades Europeas)*, 29-XII-1989, págs. 12 y sigs.

(10) Sobre las competencias exclusivas objetivas en el Convenio de Bruselas véase DESANTES REAL, *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1986, págs. 155 y sigs.

(11) Así ESPINAR VICENTE critica la referencia a un «registro español» sin excluir el registro civil pues: «parece lógico entender que el registro civil no se halla contemplado por el espíritu de esta disposición, toda vez que la nulidad matrimonial o las cuestiones de filiación que pueden dar lugar a modificaciones registrales que afectan a la validez de los asientos están contempladas como competencias concurrentes», *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 1988, pág. 33.

(12) GONZALEZ CAMPOS alude a la no inclusión de los litigios que tengan por objeto de nacionalidad española, en *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 1987, pág. 308; véase AMORES CONRADI, «La

nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ», REDI, 1989, I, pág. 127, nota 40.

(13) Así, el profesor CORTES DOMINGUEZ alude al «examen de los fueros exclusivos establecidos en los números 3, 4 y 5 del artículo 22», «La nueva regulación de la competencia judicial internacional en materia civil», *Justicia*, 1985, pág. 782.

(14) Así los consideran GONZALEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 1988, págs. 274-275, y AMORES CONRADI, «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: artículo 22 de la LOPJ», ob. cit., pág. 128. Este último autor llega a esta conclusión basándose en el convenio de Bruselas, entre otros extremos.

(15) Al respecto, la profesora TRINIDAD GARCIA nos habla de la flexible actitud mantenida por el Tribunal Supremo al dar ejecución a sentencias extranjeras para cuyo conocimiento resultaban competentes los jueces españoles, «La competencia judicial internacional y los procesos matrimoniales: reflexión sobre algunos de los principales problemas que se suscitan», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1986, pág. 333.

li0 (16) Aunque los «foros» establecidos en esta Ley sobre matrimonio, patria potestad y régimen económico del matrimonio y procedimiento de separación, nulidad y divorcio no son idénticos a los del artículo 22.3º. 3, de la Ley Orgánica del Poder judicial, la jurisprudencia sentada en su aplicación puede servir como ejemplo de que estos últimos son concurrentes.

(17) Para un estudio pormenorizado de estas sentencias y sus implicaciones véase CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera en España y la competencia del Juez de origen*, ob. cit., págs. 159 y sigs.

(18) Véase *supra*, pág. 12.

(19) Cfr. AMORES CONRADI, «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: artículo 22 LOPJ», ob. cit., pág. 128. En contra CORTES DOMINGUEZ, «La nueva regulación de la competencia judicial internacional en materia civil», ob. cit., págs. 778 y sigs.

(20) Cfr. AMORES CONRADI, «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: artículo 22 LOPJ», ob. cit., pág. 122.

(21) En contra, SENES MOTILLA considera que «en estos supuestos la competencia territorial ha de determinarse en función de la vinculación del supuesto con nuestro territorio, y en caso de no existir tal -por fundarse la competencia en la nacionalidad-, entendemos que nuestros Tribunales no son competentes», «Sistema de competencia judicial en el ámbito civil: el artículo 22 de la LOPJ», *Justicia*, 1986, III, pág. 701.

(22) En este sentido BATIFFOL y LAGARDE, *Droit international privé*, vol. II, París, 1983, núm. 684; por su parte, AMORES CONRADI se decanta por la solución del sistema alemán, es decir, por la fijación de todos los litigios que no puedan localizarse de otro modo en los tribunales objetivamente competentes de la capital del Estado, «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: artículo 22 LOPJ», ob. cit., pág. 122, nota 25.

(23) Véase PECOURT GARCIA, «La voluntad de las partes y su posible virtualidad en la determinación de la competencia judicial internacional», REDI, 1964, págs. 66 y sigs.; FRAGISTAS, «La competence internationale en droit privé», *R. des C.*, 1961, III, págs. 239 y sigs.; JODLOSWKY, «Les conventions relatives a la prorogation et la dérogation a la competence en matiere civile», *R. des C.*, 1974, III, págs. 494 y sigs.; PERILLO, «Selected forum agreement in western Europe», *American Journal of Comparative Law*, 1964, pág. 162.

(24) Cfr. KHANFREUND, «jurisdiction agreements: some reflections», ICLQ, 1977, pág. 848.

(25) En este sentido véanse GONZALEZ CAMPOS y RECONDO PORRIJA, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, ob. cit., pág. 81; ESPINAR VICENTE, *Derecho procesal civil internacional*, ob.

cit., pág. 37.

(26) Véase FRANCESCAKIS, «Comentario a la sentencia de la Cour de París de 15-XII-1948», *Revue critique de droit international privé*, 1949, págs. 113-132.

(27) Véase GUZMAN ZAPATER, «La prorrogación de competencia en los contratos de venta internacional concluidos por consumidores», *RED*, 1987, pág. 456 y nota 26.

(28) Sobre el derecho aplicable a la cláusula de elección de foro véase QUIÑONES ESCAMEZ, «Evolución de la admisibilidad de la cláusula atributiva de competencia internacional en Derecho español y comparado (incidencia de las leyes de protección al consumidor y de reglamentación de las condiciones generales de contratación)», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, págs. 86 y sigs.

(29) Véase FRAGISTAS, «La compétence internationale en droit privé», *ob. cit.*, págs. 159-267; GAUDEMMENT TALLON, *La prorrogation volontaire de juridiction en droit international privé*, París, 1965.

(30) Véase KAUFFMANN KHOLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Basilea, 1980, pág. 159.

(31) Cfr. CORTES DOMINGUEZ, *Derecho procesal civil internacional*, *ob. cit.*, pág. 17.

(32) El autor expresa que al declararse el juez incompetente, «como el auto en el que se declarase incompetente por esta razón es recurrible, la parte interesada podría atacarlo alegando y probando que, con base en la legislación de aquel país, la cuestión suscitada no es materia de competencia exclusiva», en *Derecho procesal civil internacional*, *ob. cit.*, pág. 67.

(33) Sobre la no necesaria coincidencia entre competencia exclusiva y competencia excluida, véase SZASZY, *International civil procedure; A comparative study*, Leyden, 1967, pág. 298-299.

(34) Lógicamente, el principal problema que se le planteará al juez es saber cuándo una competencia es exclusiva, ya que el legislador estatal raras veces es explícito a este respecto, si bien los últimos convenios y codificaciones en la materia han procedido a la enumeración de los foros de competencia que son exclusivos; véase GONZALEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. I, Oviedo, 1984, págs. 295-297; MIAJA DE LA MUELA, «Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international», *ob. cit.*, pág. 20; BULOW, «Effets de la prorogation internationale de juridiction en matière patrimoniale», *De conflictu legum. Melanges offeris a Kollewijn-Offerhaus*, Leyden, 1962, pág. 68.

(35) Véase *supra*, pág. 20, nota 26.

(36) A salvo de cuando, como consecuencia de relaciones personales entre los cónyuges, nulidad, separación o divorcio, surgiese una controversia que nos condujese a alguna de las materias del 22. 1º, véase *supra*, pág. 11.

(37) Véanse GONZALEZ CAMPOS y ABARCA JUNCO, «Comentarios al artículo 107 del Código Civil», *Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil. Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, pág. 922; CARRILLO SALCEDO, «La nouvelle réglementation du mariage dans le droit international privé espagnol», *Revue critique de droit international privé*, 1983, págs. 23 y 24.

(38) Sobre otras disfunciones entre los criterios de determinación de la competencia judicial interna y la internacional, véase *supra*, págs. 15 y sigs.

(39) Al respecto, el artículo 5º de la Ley Federal Suiza sobre Derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987 parece admitir la *prorrogatio fori* sólo en materia patrimonial; véanse KNOEPFLER y SCHWEIZER, «La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 1988, pág. 216.

(40) AMORES CONRADI sostiene que este foro del 22.3º inciso tercero, lo que pretende es ampliar la competencia de nuestros tribunales y no recortarla, por lo que no cabe interpretar que con 22.2º se pretende excluir el foro general del artículo 22.2º

(41) La redacción original, por evidente error tipográfico, subsanado mediante la publicación en el *BOE*

de 4-XI-1985 que rectificaba la palabra demandante y ponía en su lugar la de demandado, establecía precisamente ese curioso fuero: el del domicilio del demandante. Ahora bien, coincidimos con el profesor ESPINAR VICENTE en que el error era tan evidente que no tenía por qué acarrear ninguna duda en cuanto a su vigencia, en *Derecho procesal civil internacional*, ob. cit., pág. 39.

(42) En el caso de la nuestra véanse artículos 62 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(43) ESPINAR VICENTE, *Derecho procesal civil internacional*, ob. cit., pág. 38.

(44) Así, SCHRODER pone algunos ejemplos sobre la operatividad del foro del domicilio del demandado desde el punto de vista del demandante, citado por AMORES CONRADI, «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: artículo 22 LOPJ», ob. cit., pág. 129, nota 50.

(45) El foro del domicilio del demandado del artículo 2º del Convenio se aplica excluyendo el foro contractual del artículo 5.1 en la Sentencia del TJCE de 15-II-1989; véase el comentario a la misma de GUZMAN ZAPATER, «Competencia judicial internacional en materia de contrato laboral a ejecutar en diversos países y el artículo 5.1 del Convenio de Bruselas», *La Ley (Comunidades Europeas)*, Madrid, 30-XI-1989, págs. 7 y sigs.

(46) Es conveniente aclarar que el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 excluye las cuestiones matrimoniales de su ámbito de aplicación véase DESANTES REAL, *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, ob. cit., págs. 103 y sigs.

(47) Véanse IGLESIAS BUHIGUES y DESANTES REAL, «Extensión y límites de la jurisdicción española. Influencia del Convenio de Bruselas de 1968 en la LOPJ de 1985», en DEL ARENAL, *Las relaciones de vecindad*, Bilbao, 1987, págs. 459-460.

(48) Véase BATTIFOL, *Una crisis del estatuto personal*, Universidad de Valladolid, 1968, pág. 33. El autor nos explica por qué en el Convenio de La Haya referente a la ley aplicable, competencia de autoridades y reconocimiento de decisiones en materia de adopción se recurrió al criterio de la residencia habitual, rechazándose el domicilio por presentarse el mismo como «una noción generadora de incertidumbre».

(49) Sobre los distintos conceptos de domicilio véase DE WINTER, «Nationality or domicile», *R. des C.*, 1969, tomo III, pág. 419, y véase FRANCESKAKIS, quien se refiere a «los avatares del domicilio», «Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel», *Travaux*, 1962-1964, pág. 291.

(50) Cfr. DE NOVA, «Current developments of private international law», *AJCL*, 1964, pág. 562.

(51) El artículo 40 del Código Civil dispone que «... el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual ... ».

(52) Cfr. BATTIFOL, *Una crisis del estatuto personal*, ob. cit., pág. 33.

(53) VAN HOOGSTRAATEN presume que el término residencia habitual se puede encontrar por primera vez en un tratado entre Francia y Prusia de 1880 y que es una traducción de la expresión alemana *gewöhnlicher Aufenthalt*, en «La codificación por tratados en droit international privé», *R. des C.*, 1967, III, pág. 359.

(54) El artículo 181 del Código Civil dispone al regular la ausencia que «en todo caso, desaparecida una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia...».

(55) Cfr. ESPINAR VICENTE, «El concepto de la residencia habitual en el sistema español de Derecho internacional privado» *Revista de Derecho Privado*, 1980, pág. 6.

(56) Artículo 46 de la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987: «Las autoridades judiciales o administrativas suizas del domicilio o, en defecto de domicilio, aquellas de la residencia habitual de uno de los esposos son competentes para conocer de las acciones u ordenar las medidas relativas a los efectos del matrimonio» (traducción personal).

(57) ESPINAR VICENTE, *Derecho procesal civil internacional*, ob. cit., pág. 45.

(58) Véase *supra*, págs. 20 y sigs. Por el contrario, AMORES CONRADI, siguiendo una teoría distinta, tanto respecto al domicilio del demandado como a la *prorrogatio fori*, considera que «sobre aquellas mate-

rias para las que están previstos criterios de competencia exclusiva por nuestro propio ordenamiento, no parece razonable que si el criterio utilizado localiza el litigio en el extranjero sea admisible que nuestros tribunales conozcan del asunto», «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: artículo 22 de la LOPJ», ob. cit., págs. 130, 138 y nota 79.

(59) Véase *supra*, págs. 23 y sigs.

(60) Véase *supra*, págs. 29 y sigs.

(61) En este sentido el profesor ESPINAR VICENTE considera este foro totalmente inoperante, argumentando que quien tiene residencia habitual tiene *a fortiori* domicilio; vid. *Derecho procesal civil internacional*, ob. cit., pág. 51.

(62) SCHNEIDER, *Le domicile international*, Neuchatel, 1973, págs. 116-120. Ahora bien, como pone de relieve VIRGOS SORIANO, la noción de residencia, que, como decimos, es un criterio de hecho, puede ser alterada o cualificada jurídicamente por el legislador; así, el legislador español cuando, por ejemplo y a ciertos efectos, indica en la Ley de 1985 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (art. 13.4^o) que sólo se considerarán extranjeros residentes «las personas amparadas por un permiso de residencia», *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, 1989, pág. 15, nota 9.

(63) Sobre las deficiencias de la nacionalidad como criterio de conexión en la ordenación de la competencia véanse GONZALEZ CAMPOS y RECONDO PORRUA, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional* ob. cit., págs. 28 y 29.

(64) Por el contrario, BATIFFOL se muestra partidario del criterio de la residencia habitual frente al domicilio, *Una crisis del estatuto personal*, ob. cit., pág. 33.

(65) Sobre la incidencia del cambio de conexión en el tiempo respecto del ordenamiento aplicable (conflicto móvil), véase RIGAUX, «Le conflit mobile en droit international privé», *R. des C.*, 1966, I, págs. 329-444; GIARDINA, *Sucessione di norme di conflitto*, Milán, 1970; BATIFFOL, «Conflits mobiles en droit transitoire», *Melanges Paul Roubier*, París, 1961, págs. 39 y sigs. Al poner estos ejemplos enlace con la problemática que puso de relieve el profesor MIAJA DE LA MUELA derivada de la posibilidad de trasladar los principios de construcción o de solución del ámbito del conflicto de leyes al del conflicto de jurisdicciones, «Sobre los principios rectores de las reglas de competencia territorial de los tribunales internos en litigios con elementos extranjeros», *REDI*, 1968, págs. 740 y sigs.

(66) Véase *supra*, pág. 25.

(67) Véase *supra*, págs. 19 y 20 y nota 25.

(68) Al respecto y refiriéndose al Convenio de La Haya sobre reconocimiento de divorcios véase NADELMANN, «Habitual residence and nationality as Tests at the Hague: The 1968 Convention en Recognition of Divorces», *Texas Law Review*, 1969, págs. 766 y sigs.

(69) Los primeros escritos sobre la Ley fueron fraccionarios, dedicados tan sólo a algunos de sus preceptos; véase HENRICH, «Das internationale Eherecht nach der Reform», *FamRZ*, 1986, págs. 841-852; *ibidem*, «Die Namensführung von Ehegatten nach dem IPR-Gesetz Order: Was deutsche Grundhchkeit vermag», *IPRax*, 1986, págs. 333-336; KHUNE, «Die ausserschuldvertragliche Parteiautonomie im neuen internationalem privatrecht», *IPRax*, 1987, págs. 69-74; LUDERITZ, «Die ehesecheidung nach dem Gesetz zur Neuregelung des internationalem privatrecht», *IPRax*, 1987, págs. 74-81; RAUSCHER, «Neues Scheidungstatut in schwebenden Scheidungsverfahren», *IPRax*, 1987, págs. 137-138; SIEHR, «Das internationale Erbecht nach dem Gesetz zur Neuregelung des IPR», *IPRax*, 1987, págs. 4-8. Después aparecieron ya estudios más generales; véase HELDRICH, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, ARTs 7-31 EGBGB, 46ª edición, 1987; KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 6ª edición, 1987; LUDERITZ, *Internationales privatrecht*, 1987; SONNENBERGER, «Introduction general a la refome du droit international privé dans la Republique federal d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986», *Revue critique de*

droit international privé, 1987, págs. 1 y sigs.

(70) STURM nos dice que esta reforma no es una codificación, siendo la ambición del legislador mucho más limitada: «Personnes, famille et successions dans la loi de 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé aflemand», *Revue critique de droit international privé*, 1987, pág. 33; por su parte, JAYME alude a que la Ley carece, sobre todo, de normativa específica en materia de obligaciones extra-contractuales y de derechos reales, «Das Neue IPR-Gesetz-Brennpunkte der Reform», *IPRax*, 1986, págs. 265-270.

(71) Así, nos dice SONNENBERGER que la Ley contiene, al lado de la reforma de Derecho internacional privado, otras normas marginales para la adaptación de disposiciones de leyes distintas al EGBGB, como un artículo que modifica el Código de procedimiento civil y que concierne al reconocimiento de juicios extranjeros y a la competencia internacional del Juez alemán en materia de relaciones familiares e incluso en materia de divorcio, «Introduction generale a la réforme du droit international privé dans la République Federale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986», ob. cit., pág. 5.

(72) Sobre la concepción «germánica o estricta» del contenido del Derecho internacional privado véase GONZALEZ CAMPOS, *Curso de Derecho internacional privado*, Universidad Autónoma de Madrid, parte I, plicopiado, lección 2ª, págs. 10 y 11.

(73) Estos tres foros se contienen en los apartados 2, 3 y 4, a cuyo tenor serán competentes los tribunales alemanes para asuntos matrimoniales: «Cuando ambos cónyuges tengan su residencia habitual en el país; cuando uno de los cónyuges sea apátrida con residencia habitual en el país, o cuando uno de los cónyuges tenga su residencia habitual en el país, salvo que la decisión que recaerá no vaya a ser reconocida por la legislación de ninguno de los Estados a los cuales pertenezca alguno de los cónyuges» (la traducción fue hecha por la Oficina de Interpretación de Lenguas, certificada por su Directora), 382/86, CS/MB/AP/JAL, pág. 28.

Respecto a la regulación expuesta hay que destacar que entendemos que la sistemática es defectuosa, pues el apartado cuarto define un supuesto de competencia que engloba a los otros dos, que no operarán sino en el caso de que se dé la excepción prevista en el apartado cuarto. Hubiese sido más lógico redactar el apartado cuarto en el lugar del apartado segundo, estableciendo como norma general que la residencia habitual de uno solo de los cónyuges basta para atribuir competencia a los tribunales alemanes con la excepción del no reconocimiento allí descrita, para después redactar los supuestos segundo y tercero en los lugares tercero y cuarto, como casos en los que aun existiendo dicha excepción si ambos cónyuges tienen residencia habitual en el país o la tiene uno y es apátrida, serán competentes los tribunales alemanes a pesar de ese no reconocimiento.

(74) El tercer supuesto de la Disposición adicional primera de la Ley otorgaba competencia a nuestros órganos jurisdiccionales cuando «el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, cualquiera que sea la nacionalidad y la residencia del demandado».

(75) Véase *supra*, págs. 33 y 34 y nota 61.

(76) Véase *supra*, pág. 34 y nota 62.

(77) Así ocurre con los foros establecidos por el artículo 4º, núm. 2, de la Ley de nueva regulación del Derecho internacional privado alemán de 25 de julio de 1986. En la Ley federal suiza sobre Derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987 no se hace distinción entre demandante y demandado respecto a los efectos *generales del* matrimonio (art. 46), ni en la regulación de los regímenes matrimoniales (art. 51), pero sí en el artículo relativo a la *competencia judicial* internacional en materia de divorcio (art. 59).

(78) El profesor MARIN LOPEZ señala que «pueden surgir problemas por falta de una derogación expresa por la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Disposición adicional primera de esta Ley 30/1981, que puede inducir, ante la disparidad de criterios, a error o confusión en el futuro», *Derecho internacional*

privado español, parte especial I (Nacionalidad, extranjería y Derecho procesal civil internacional), Granada, 1989, págs. 274 y 275.

(79) Recuérdese que según el último inciso de la Disposición adicional tercera del Código Civil no cabía *prorogatio fori* en esta materia; véanse CARRILLO SALCEDO, «La nouvelle réglementation du mariage dans le droit international privé espagnol», ob. cit., págs. 23 y 24; GONZALEZ CAMPOS y ABARCA JUNCO, «Comentarios al artículo 107 del Código Civil», ob. cit., pág. 922.

40 (80) Debemos aclarar que no estamos proponiendo la inaplicación de oficio de una norma por inconstitucional, pues como dice AMORES CONRADI, «la remisión al nivel legal efectuada en sede de determinación del Juez competente basta para excluir en principio cualquier duda sobre la constitucionalidad de una exclusión de la competencia judicial operada por mandato legal», «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: artículo 22 LOPJ», ob. cit., pág. 117 y notas 12, 14 y 15. Por el contrario, lo que apuntamos es la posibilidad de la aplicación directa de una norma constitucional (art. 24) a un supuesto en el que por falta de previsión legal se llega a un resultado no querido por la propia Constitución.

(81) Sobre la correlación entre la competencia judicial internacional, el derecho a la tutela judicial efectiva y la garantía de los derechos de defensa judicial véase la «Nota a la Sentencia TC (Sala 2ª) núm. 98 de 1984, de 24 de octubre», de CALVO CARAVACA y CASTILLO RIGABERT, en *REDI*, 1986, págs. 272-275; AMORES CONRADI, «Nota a la Sentencia TC (Sala 1ª) núm. 43 de 1986, de 15 de abril», *REDI*, 1987, págs. 193-194. Sobre la extensión del derecho a la tutela judicial efectiva a los extranjeros véase mi «Nota a la Sentencia TC de 30 de septiembre de 1985», *REDI*, 1986, págs. 197-199.

(82) Sobre tutela judicial efectiva véase Sentencia TC 54/1989, de 23 de febrero, en GONZALEZ CAMPOS y FERNANDEZ ROZAS, *Derecho internacional privado español, textos y Materiales, vol. I, Derecho judicial internacional*, Madrid, 1990, págs. 71 y sigs. Se trata del recurso de amparo contra el Auto del TS de 19-III-1986 denegatorio de sentencia extranjera de divorcio. El recurso se basa en que el TS no dio traslado de las alegaciones y documentos al solicitante del *exequatur*, por lo que infringió los principios de audiencia y contradicción, privando de toda defensa al solicitante y ahora recurrente en amparo.

(83) Cfr, VIRGOS SORIANO, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, ob. cit., pág. 63. El autor nos dice que sólo debería abrirse un foro de competencia cuando exista un equilibrio entre estos dos polos. Equilibrio que, reconoce, no es fácil de conseguir y menos teniendo en cuenta que la ponderación de intereses es más complicada en supuestos internacionales que en situaciones meramente internas.

(84) Respecto a los foros exorbitantes véase DE WINTER, «Excessive jurisdiction in private international law», *International and comparative law quarterly*, 1968, págs. 705-720; NADELMANN, «Jurisdictionally improper fora», *Legal essays in honor of H. E. Yntema*, Leyden, 1961, pág. 321-335; VON MEHEREN, «Adjudicatory jurisdiction: General theories compared and evaluated», *Boston University Law Review*, 1983, págs. 279 y sigs.; FRAGISTAS, «Les compétences exorbitantes dans les travaux de la Conférence de droit international privé de La Haye», *Revue Romaine des sciences sociales. Série de sciences juridiques*, 1968, págs. 176 y sigs.; GONZALEZ CAMPOS, «La competencia judicial internacional de los tribunales internos», en GONZALEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado, parte especial*, vol. I, Oviedo, 1984, pág. 291; MATSCHER, «Etude des règles de compétence judiciaire dans certaines conventions internationales», *R. des C.*, 1978, III, págs. 157-158; MIAJA DE LA MUELA, «Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international», ob. cit., págs. 79-82; MARMO, «La compétence internationale exorbitante et les articles 2 et 4 du Code de Procédure civile italien», *De conflictu legum. Melanges offerts a R. Kollewijn-Offerhaus*, Leyden, 1962, pág. 324.

Sobre el resultado a que se puede llegar mediante el uso del criterio de «la indeclinabilidad de la jurisdicción española cuando una de las partes es español» véase GUZMAN ZAPATER, «Nota, entre otros, al

Auto TS de 1 de octubre de 1986», REDI, 1987, pág. 199.

(85) Sobre la reacción, consistente en el no reconocimiento, que puede tener el foro ante la adopción, por otros Estados, de competencias abusivas o exorbitantes véase CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera en España y la competencia del Juez de origen*, ob. cit., pág. 35; ANZILOTTI, «L'indagine sulla competenza del giudice straniero nel giudizio di delibazione», *Opere di Dionisio Anzilotti, vol. IV, Studi di diritto processuale internazionale e di filosofia del diritto*, Padua, 1963, pág. 179; REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias extranjeras en España. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1974, pág. 196; FERRER CORREIA, «La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (Droit comparé)», *Estudos varios de direito*, 2ª edición, Coimbra, 1982, pág. 188; ibid., «Breves reflexões sobre a competência internacional indirecta», en ibid., pág. 201; KAYE, *Civil jurisdiction and enforcement of foreign judgements*, 1987, págs. 83 y sigs.

(86) Respecto a *le foir de nécessité* en la nueva Ley suiza de Derecho internacional privado véanse KNOEPFLER y SCHWEIZER, «La nouvelle loi federale suisse sur le droit international privé», ob. cit., págs. 218 y 219.

(87) Véase CASTRO MENDES, *Direitto processual civil*, I, Lisboa, 1980, págs. 421-422; ALBERTO DOS REIS, *Comentario ao código de processo civil*, vol. I, Coimbra, 1944, págs. 142-144.

(88) Pero también puede considerarse el supuesto de la imposibilidad práctica, como ocurre para la formación del vínculo adoptivo, lo que fundará igualmente la competencia internacional de los tribunales portugueses en el caso de que una jurisdicción extranjera se considere competente, pero se demuestre que por razones prácticas es completamente imposible presentar allí la solicitud de adopción; véase BRIOSO DIAZ, *La constitución de la adopción en Derecho internacional privado*, Madrid, 1990, pág. 53.

(89) En efecto, la Ley federal suiza de Derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987 dedica todo un capítulo, el tercero, al matrimonio y lo divide, a su vez, en secciones, refiriéndose la primera a la celebración del matrimonio, la segunda a los efectos generales del matrimonio, la tercera a los regímenes matrimoniales y la cuarta a la separación y al divorcio. Sobre los trabajos preparatorios y el Proyecto de Ley que precedieron a la actual legislación suiza de Derecho internacional privado véanse VON OVERBECK, «Les questions générales de droit international privé a la lumière des codifications et projets récents», *R. des C.*, 1982; MCMAFFREY, «The Swiss draft conflicts law», *American journal of comparative law*, 1980, págs. 235 y sigs.; VISCHER y BROGGINI, «Rapports présentés à la société suisse des juristes en 1971 sur le problème de la codification du droit international privé suisse», *RDS*, 1971, II, págs. 1 y sigs., y 245 y sigs.

(90) Sobre *le for d'origine* en la nueva legislación suiza véanse KNOEPLER y SCHWEIZER, «La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé», ob. cit., págs. 219 y 220.

(91) Así, el artículo 46 de dicha Ley dispone: «Las autoridades judiciales o administrativas suizas del domicilio o, en su defecto, del lugar de residencia de los esposos son competentes para conocer de las acciones u ordenar las medidas relativas a los efectos del matrimonio.»

(92) Las traducciones que se realizan en el texto para el estudio de algunos artículos de esta Ley suiza de Derecho internacional privado son personales.

(93) La competencia que establece la Ley suiza en materia de sucesiones viene dada por el artículo 86 del capítulo sexto, que proclama la competencia de las autoridades judiciales o administrativas suizas del último domicilio del difunto para conocer de los litigios sucesorios y adoptar las medidas necesarias en esta materia. Aquí vemos una nueva manifestación de la primacía que da la Ley al foro del domicilio, si bien en su párrafo segundo se preserva la competencia exclusiva reivindicada por el Estado del lugar de situación de los posibles inmuebles que pudieran verse implicados.

(94) Véanse KNOEPFLER y SCHWEIZER, «La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé», ob. cit., pág. 220.

(95) Véase GONZALEZ CAMPOS, «Las relaciones entre *forum* y *ius* en el Derecho internacional privado. Caracterización y dimensiones del problema», ADI, vol. IV, 1977-1978, págs. 89-136; *ibid.*, «Les liens entre la compétence législative et la compétence judiciaire en droit international privé», R. des C., 1977, págs. 227-376. Sobre el *forum legis* véase BRIOSO DIAZ, La constitución de la adopción en Derecho internacional privado, *ob. cit.*, pág. 39 y bibliografía allí citada.

(96) En el artículo 59 se declaran competentes para conocer de una acción de divorcio o separación los tribunales suizos del domicilio del demandado o los tribunales suizos del domicilio del demandante, si éste reside en Suiza desde hace un año o es suizo.

(97) Véanse KENOEPFLER y SCHWEIZER, «La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé», *ob. cit.*, pág. 220.

(98) Finalmente, el apartado c) del artículo 51 declara que en materia de régimen matrimonial y en los casos no comprendidos en los apartados a) y b) la competencia de las autoridades judiciales y administrativas suizas vendrá determinada por los foros relativos a los efectos del matrimonio recogidos en los artículos 46 y 47; véase *supra*, pág. 54.

(99) ESPINAR VICENTE considera que el foro de la nacionalidad española y común acuerdo entre los cónyuges, «además de no añadir ni quitar nada, tampoco, al foro general, en la filosofía última de su construcción puede advertirse un intento de reducir su operatividad a lo siguiente: los jueces españoles son competentes para aprobar los convenios de separación que hayan establecido los cónyuges españoles, así como para declarar los divorcios que ellos soliciten de mutuo acuerdo y fijar su domicilio familiar cuando así lo insten ambos. Es decir, la competencia establecida en este foro parece atender fundamentalmente a cuestiones de jurisdicción voluntaria. De ser así su sentido quedaría a salvo, puesto que el segundo párrafo del artículo 22 no resulta aplicable a este tipo de actos que se suscitan sin contienda», *Derecho procesal civil internacional*, *ob. cit.*, pág. 52.

(100) Recordemos que ampliando al ámbito internacional la prohibición de aceptar la *prorrogatio fori* en materia de nulidad, separación y divorcio, que afecta al ámbito interno en virtud de la Ley 30/1981, el foro del último supuesto del apartado tercero del artículo 22.3 de la LOPJ derogaría esta prohibición. Véase *supra*, pág. 25 y nota 39.

(101) Véase *supra*, págs. 50 y 51 y notas 84-86.

(102) Así, pone de manifiesto la profesora PEREZ VERA que son argumentos favorables a la nacionalidad el carácter duradero que le otorga la permanencia del vínculo que representa, el que se trata de un criterio que respeta realidades socioculturales que no pueden ignorarse y el que normalmente su determinación resulta fácil, *Derecho internacional privado, parte especial*, Madrid, 1980, pág. 143. Aunque la autora expone estos argumentos para valorar a la nacionalidad como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable en materia de estatuto personal, insistimos en que cabe la posibilidad de trasladar los principios de construcción o de solución del ámbito del conflicto de leyes al del conflicto de jurisdicciones; véase *supra*, pág. 36, nota 65.

(103) Véanse GONZALEZ CAMPOS y RECONDO PORRUA, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, *ob. cit.*, pág. 6; CORTES DOMINGUEZ, *Derecho procesal civil internacional*, *ob. cit.*, pág. 5.

(104) (IPR-Gesetz.) Respecto a la sinopsis de la Ley véase HERNAN SANCHEZ, «La reforma del Derecho internacional privado en la República Federal de Alemania», *Revista de Derecho Privado*, 1988, págs. 871 y sigs.

(105) Artículo 606.a).1, según la modificación hecha por el artículo 4º de la Ley alemana de nueva regulación del Derecho internacional privado de 25 de julio de 1986.

(106) Véase *supra*, págs. 47 y 48 y notas 80 y 81.

(107) Principio que debe traducirse en una garantía del acceso a la justicia; véase *supra*, pág. 49 y nota 83. Véase CANO MATA, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional*,

Revista del Poder Judicial.

Revista del Poder Judicial nº 23. Septiembre 1991
Páginas 9-31

Madrid, 1984.