

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN SUPUESTOS  
DE DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO: AUTO DE LA AP DE  
ALICANTE (SECCIÓN 4) NÚM. 331/2020 DE 22 DE DICIEMBRE

INTERNATIONAL JURISDICTION IN CASES OF CONSENSUAL  
DIVORCE: ORDER OF THE COURT OF APPEAL OF ALICANTE  
(4TH SECTION) NUMBER 331/2020 OF 22TH DECEMBER

LUIS F. CARRILLO POZO

*Profesor de Derecho internacional privado  
Universidad de Almería*

ORCID: 0000-0002-5507-167X

Recibido: 14.11.2021 / Aceptado:10.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6706>

**Resumen:** Cuando dos cónyuges residentes en el extranjero y sin nacionalidad común española presentan su demanda de divorcio consensual en España, existen instrumentos idóneos para que nuestros tribunales entren a conocer del asunto: El sistema autónomo español de competencia judicial internacional no impide los pactos de sumisión por el mero hecho de que se trate de una cuestión de Derecho de familia. Este es el error en el que incurre el auto comentado, en absoluto expresivo de una corriente consolidada o mayoritaria en la jurisprudencia patria.

**Palabras clave:** proceso matrimonial de divorcio, sumisión tácita, control de la competencia.

**Abstract:** When two spouses residing abroad and without common Spanish nationality file their consensual divorce petition in Spain, there are suitable instruments for our courts to hear the matter: The spanish autonomous system of international jurisdiction does not preclude submission agreements merely because they are a matter of family law. This is the error in which the commented order incurs, of course not at all expressive of a consolidated or majority current in the jurisprudence of our country.

**Keywords:** divorce process, Jurisdiction based on the appearance, examination as to jurisdiction.

**Sumario:** I. El litigio. II. Para un discurso articulado. 1. La necesidad de construir la respuesta a partir del RB II bis y de aplicar la LOPJ entera. 2. La libre elección de tribunal. 3. Reconstruyendo la actuación del tribunal (coordinación con la LEC). III. Conclusión: Buscando una respuesta coherente.

1. Basta echar una ojeada al reglamento 2019/1111 (RB II ter) -como paradigma de los más recientes desarrollos en la materia- para comprobar que las cuestiones estrictamente matrimoniales no suelen ser problemáticas: Cuando se trata de disolver un vínculo conyugal, hay acuerdo generalizado en que el principio del *favor divortii* está suficientemente arraigado en todos los sistemas jurídicos nacionales y en todos los planos del ordenamiento, habiéndose producido una migración desde imperio del paradigma

comunitario a un mayor individualismo en el núcleo familiar<sup>1</sup>, con su consiguiente cuasi privatización que concede a los particulares un amplio poder de disposición<sup>2</sup>. Las reglas se diseñan e interpretan conforme al principio que preside el sistema, de modo que la declaración de disolución no suele generar controversias, amoldados como están los foros de competencia judicial internacional -y, después, los criterios de conexión- a ese objetivo (las dificultades -mayoritariamente en el plano sustantivo- se instalarán en las consecuencias económicas de la ruptura y en la recomposición de las relaciones con los hijos, claro; en este punto concreto del divorcio, por lo demás, el reglamento 1259/2010 -Roma III- posibilita respuestas ajustadas a los deseos de los litigantes). Aun siendo tema crucial en tanto que elemento con potencial catalizador de competencias en sectores conexos<sup>3</sup>, no abundan, en definitiva, las resoluciones judiciales centradas exclusivamente en la dimensión competencial, y las que se han emanado operan con automaticidad: Comprobación del domicilio, raramente de la nacionalidad, y consiguiente declaración de ruptura. El auto que paso a comentar es un ejemplo de lo que debería haber funcionado mecánicamente. Aunque sea de forma excepcional, los tribunales se exceden a veces en el control de la propia competencia judicial, se quedan en la primacía de los reglamentos europeos y no van -ni ven- más allá, con lo que terminan negándose a conocer de litigios que sí entran en esa su esfera de competencia.

## I. El litigio

2. Los hechos son muy sencillos: Matrimonio de ciudadano de nacionalidad española y esposa ecuatoriana, presuntamente residentes en Estados Unidos. Contrajeron matrimonio en nuestro país, donde han nacido sus dos hijas (aún menores). Desean divorciarse de común acuerdo, y a tal efecto suscriben un convenio regulador en el que manifiestan que sus domicilios se hallan en Nueva York. Cuatro meses más tarde acuden a los tribunales españoles para que ese convenio sea ratificado. En primera instancia se declara la falta de competencia judicial de nuestros órganos judiciales en base al art. 22 *quater* LOPJ, y se dicta auto absteniéndose de conocer, conclusión confirmada en apelación, en un auto sumamente escueto y lineal en el que, además, se descarta, como alegación nueva, la de que tuvieran su residencia y “un cierto arraigo” en España por ser propietarios de una vivienda situada aquí.

## II. Para un discurso articulado

3. El esquema de los hechos controvertidos no es en absoluto nuevo: ¿Puede un español casado con extranjera, siendo residentes en el extranjero, solicitar el divorcio (generalmente de común acuerdo) en España? ¿Son o no son competentes los órganos judiciales patrios? Más en general, ¿es razonable poner a su disposición un tribunal europeo, justamente en consideración de aquellos objetivos básicos?<sup>4</sup>

Visto el generoso art. 3 del reglamento Bruselas II bis (y otro tanto dígase del Bruselas II ter) parecía casi imposible que un litigio sobre crisis matrimonial escapara al poder de un juez de un Estado miembro: Al legislador europeo le ha bastado una mínima vinculación de los cónyuges con uno de éstos para generar un foro de competencia. Y sin embargo aquí tenemos un ejemplo de ciudadanos

<sup>1</sup> M. R. MARELLA, “The privatization of Family Law: limits, gaps, backlashes”, en *Famiglia*, 2017, p. 614. Como pone de relieve, el triunfo del individualismo diluye esa cierta dosis de excepcionalidad que ha caracterizado al Derecho de familia dentro del Derecho privado, recogiendo en consecuencia técnicas y modos propios del sistema contractual.

<sup>2</sup> Como explica J. BASEDOW, la progresiva asunción de funciones de cuidado por parte del Estado (menores, adultos dependientes) permite reducir los obstáculos legales a la disolución del matrimonio: *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, La Haya, 2015, pp. 245-246.

<sup>3</sup> Véase, entre otros, M. VARGAS GÓMEZ URRUTIA, “Crisis familiar, responsabilidad parental y alimentos: revisando las cuestiones generales en un divorcio transnacional (Audiencia Provincial Barcelona - sentencia de 15/04/2019)”, en *CDT*, 2020, pp. 790 ss.

<sup>4</sup> Permítaseme recordar un dato revelador de la necesidad de introducir claridad (y de hacerlo en sentido facilitador en la medida de lo posible): Según el INE, de los 77200 divorcios declarados en 2020, 62738 fueron de común acuerdo, o sea, algo más del 81%. La mayoría de esos divorcios se resolvieron en unos tres meses; los procedimientos contenciosos duraron entre seis y once. La frecuencia de este tipo de procesos aconseja, pues, una disciplina sin espacio para incertidumbres o lagunas, so pena de reducir su atractivo.

que no alcanzan el umbral, aun presentando una innegable conexión con España. Ahora bien, el sistema Bruselas II es de dos niveles, ofreciendo dos oportunidades a las jurisdicciones nacionales para analizar y afirmar su propia competencia, sin filtro alguno en clave de “exorbitancia”, racionalidad o ajuste a los principios: Después de ese art. 3 y normas “derivadas”, vienen el 6 y el 7, y con éstos la LOPJ. Y resulta que la LOPJ tiene que ser aplicada entera<sup>5</sup>. La Audiencia ha sido expeditiva, basada en exclusiva en una disposición realmente diáfana (el art. 22 *quater*), pero se ha dejado de lado tanto la eventual aplicabilidad del art. 3.1.a, inciso 4º RBII bis<sup>6</sup> como el resto del entramado normativo. Así las cosas, abordaré -consciente de que es terreno ya muy trabajado- la cuestión del funcionamiento de las fuentes en materia de competencia judicial y el juego de la autonomía de la voluntad y la fijación de la residencia habitual de las partes.

## 1. La necesidad de construir la respuesta a partir del RB II bis y de aplicar la LOPJ entera

4. El único párrafo del auto con argumentación jurídica se apoya en los foros de competencia del art. 22 *quater* LOPJ. Nada que objetar, es claro, al hecho de que se coloque en el centro del discurso la normativa aplicable. Lo único es que para llegar a la LOPJ hay que seguir un camino, y en buena lógica y escrupulosa técnica esa norma entra en juego sólo cuando ningún otro tribunal de un Estado miembro tenga competencia para conocer del asunto: Los foros reglamentarios son exclusivos (art. 6)<sup>7</sup>, y en esa dirección habrá que recordar que la desafortunada expresión “siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia” del mencionado art. 22 *quater* no puede significar otra cosa, porque literalmente es disparatado. Tal camino pasa por una fase intermedia en la argumentación, que no por carente de efectos en la conclusión deja de ser necesaria (por corrección en la fijación del círculo hermenéutico y porque de cara a ulterior recurso hay que poner de manifiesto de forma exhaustiva cuál es<sup>8</sup>): Había que explicitar la tan reiterada inexistencia. Chequear si el art. 3 atribuye el conocimiento de la causa a algún juez de la Unión exigía verificar dónde tienen su domicilio los litigantes (¿y si lo tenían en España?), y no parece que se haya hecho. Dejaré aparcado este tema, sobre el que volveré más abajo.

5. Asumiremos empero -y a efectos puramente expositivos- que los cónyuges carecen de residencia en España y que hay que acudir al art. 22 *quater* LOPJ. Pero tan cierto es que la tan citada disposición reproduce con formulación unilateral el art. 3 del RB II bis -de modo que el resultado de la aplicación de una y otro no puede diferir<sup>9</sup>- como que al dar entrada a las legislaciones nacionales afluye

<sup>5</sup> El modélico AAP de Madrid de 21 noviembre 2008 (ECLI:ES:APM:2008:16339A) abordaba un caso muy parecido: Divorcio de común acuerdo de cónyuges de nacionalidad española y argentina residentes en Argentina. En primera instancia el juez se declara incompetente *ex art.* 3 RB II bis. La Audiencia le reprocha haber agotado ahí su búsqueda, no haber explorado las competencias residuales y por ello «debe prevalecer el foro al que las partes se han sometido, y ello ya sea en un procedimiento consensual o contencioso, y *prescindiendo igualmente de la nacionalidad de los cónyuges*» (cursiva propia).

<sup>6</sup> Recuérdese, la residencia de uno de los cónyuges en caso de demanda conjunta.

<sup>7</sup> Y la sentencia del TJUE de 29 noviembre 2007, asunto C-68/07, Sundelind c. López (ECLI:EU:C:2007:740). El RB II ter elude la palabra exclusiva, pero refunde los arts. 6 y 7, conservando sus normas al reproducir el primero en el nuevo art. 6.2. Nada cambia. Por ello, insistir en la transcendencia práctica de la modificación me parece exagerado (M. Á. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “Alcance de la operatividad de los foros de competencia de las legislaciones de los Estados miembros en materia de divorcio, separación y nulidad matrimonial. La clarificación introducida por el artículo 6 del Reglamento (UE) 2019/1111”, en *Millenium Derecho internacional privado*, nº 12, pp. 17 ss.).

<sup>8</sup> Para entrar en los terrenos del art. 7 RB II bis la argumentación se basa en explicar por qué se concluye que no concurre una residencia habitual en ningún Estado miembro o no se tiene una nacionalidad común; para instalarse en la LOPJ hay que justificar por qué se tiene en España.

<sup>9</sup> Por supuesto que no es la misma situación en ordenamientos que han acogido foros diferentes para la materia: Véase al respecto A. NUYTS, *Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States’ Rules concerning the “Residual Jurisdiction” of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)*, JLS/C4/2005/07-30-CE)0040309/00-37, versión final de 3 de septiembre de 2007, pp. 96-97. Austria, Bulgaria, República Checa, Estonia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Eslovaquia y Suecia abren sus tribunales a los propios nacionales. El art. 32 de la ley italiana de derecho internacional privado añade en esta materia el foro del lugar de celebración del matrimonio en Italia (el 43 de la belga sólo para la nulidad matrimonial). En países como Austria, Alemania, Grecia o Estonia es suficiente la nacionalidad en el momento de contraer matrimonio, aunque después se haya perdido. Ese estudio

en tropel todo el sistema autónomo, no necesariamente basados en los mismos objetivos (de hecho, otros legisladores se muestran proclives a diseñar criterios idóneos para permitir a los propios ciudadanos el más fácil acceso a sus tribunales) y principios: En particular, existen en la ley española dos claves relevantes a las que no se ha prestado atención, a saber, la autonomía de las partes y el *forum necessitatis*, y, si bien es cierto que previsiblemente no es necesario acudir a ésta<sup>10</sup>, la primera es elemento idóneo para afirmar la competencia del tribunal español.

## 2. La libre elección de tribunal

6. Más allá de las razones que abogaban por una disciplina diferente, el dato normativo claro es que el legislador europeo termina por mostrar una propensión más bien escasa hacia la introducción en el sistema Bruselas II de una regla que admita el pacto de prorrogación de la competencia<sup>11</sup>. El tema fue discutido, de modo que la respuesta del legislador nunca podría ser calificada como poco reflexiva o producto del azar. La historia que va desde el libro verde de 2005<sup>12</sup> hasta el reglamento 1111 de 2019 es la de acelerón y freno<sup>13</sup>: i) El primero ponía de manifiesto los riesgos de falta de seguridad jurídica y de previsibilidad, el incentivo de la carrera al tribunal y de falta de tutela de los ciudadanos de la UE residentes en un Estado tercero derivados de la no admisión de la autonomía, abogando claramente por la revisión de los criterios de competencia para admitir el pacto, si bien limitado; ii) La propuesta de reforma de 2006 intenta garantizar el acceso a los tribunales europeos cuando exista suficiente vinculación, e introduce la prorrogación de la competencia en su art. 3; iii) En 2016 se vuelve al texto adoptado en 2003; y iv) La versión de 2019 (actualmente vigente) rechaza la prorrogación de la competencia en cuestiones matrimoniales, ni siquiera en divorcios de común acuerdo<sup>14</sup>.

---

recoge previsiones como el foro de la última residencia habitual en un Estado miembro, la estrecha vinculación con el foro, eventualmente unida a la nacionalidad de uno de los cónyuges, el hecho de que el divorcio sea posible de acuerdo con la ley del foro pero no según la ley de la nacionalidad de los esposos o el *forum necessitatis* (aquí se incluye el caso del solicitante que no puede iniciar el procedimiento en el extranjero). El problema detectado en su momento estribaba precisamente en las diferentes respuestas dadas por los sistemas nacionales en hipótesis como éstas, lo que se convertía en fuente de falta de previsibilidad y dificultades de acceso a la justicia: Cfr. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Comentario al art. 6”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *European commentaries on private international law, IV, Brussels II bis Regulation*, Colonia, 2017, p. 106.

<sup>10</sup> Y no lo es porque no parece que cupiera duda de que los cónyuges tenían residencia habitual desde hacía más de un año en Nueva York, a los efectos de la sección 230(1) de la *Domestic Relations Law*. El problema (y la necesidad de acudir a instrumentos excepcionales) habría surgido y surge cuando no exista tal residencia: Valga el ejemplo -y la disección- que propone A. LIMANTE en “Prorogation of Jurisdiction and Choice of Law in EU Family Law: Navigating through the Labyrinth of Rules”, en *JPIL*, 2021, pp. 334 ss.: Matrimonio de italiano y portuguesa celebrado en Francia. Han vivido en Georgia, Suecia y actualmente en Austria, pero el trabajo del marido le lleva a ir rotando entre las sucursales de la empresa matriz italiana para la que presta servicios y no hay duda de que en un breve plazo volverá a ser trasladado. Si quisieran divorciarse ahora, el tribunal austriaco tendría que abstenerse de conocer, lo que es tanto más perjudicial cuanto que el foro de la crisis matrimonial funciona o puede funcionar como catalizador (léase racionalizador) de otras cuestiones conexas (responsabilidad parental, alimentos, régimen económico), al menos en los países vinculados a los correspondientes reglamentos.

Es en efecto el caso paradigmático de aplicación de las competencias residuales del art. 7 RBII bis al que aludía el mencionado estudio de 2007 (p. 95). No deja de ser llamativo que para un supuesto netamente europeo el reglamento no pueda ofrecer una respuesta propia y haya que estar a las leyes internas. Va e suyo que si el legislador europeo optara por elaborar un texto autosuficiente, sin remisiones a las leyes nacionales, tendría que admitir el *forum necessitatis*: Cfr. T. KRUGER/L. SAMYN, “Brussels II bis: Successes and Suggested Improvements”, en *JPIL*, 2016, p. 140.

<sup>11</sup> La más reciente manifestación de calado en favor de la admisión de la regla de la autonomía es la *Proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable et la reconnaissance en matière de divorce* adoptada por el GEDIP en su reunión de Katowice de 15 de septiembre de 2019, cuyo art. 5 recoge una limitada capacidad de elección (en todo caso expresa).

<sup>12</sup> Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio, de 14 de marzo de 2005. COM(2005) 82 final, pp. 4-6.

<sup>13</sup> Un resumen bastante completo en F. J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111*, Madrid, 2020, pp. 77 ss.

<sup>14</sup> El auto del TJ de 3 octubre 2019 (asunto C-759/18; ECLI:EU:C:2019:816) tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la admisibilidad y/o relevancia de la sumisión tácita en el art. 3 RB II bis (no veo cómo, la verdad), pero la existencia de nacionalidad común de los litigantes lo hizo innecesario.

7. Mas el legislador patrio es soberano en este tema. Los pactos expresos de prórroga de la competencia en favor de los tribunales españoles no fueron excluidos en materia matrimonial. Pudo optar por otra solución en la LOPJ y lo hizo: Aquí la admisión de la autonomía es general y sólo se excluye su juego en presencia de foros exclusivos<sup>15</sup>, dejando claro en el apartado 2 del art. 22 bis que la relación jurídica a la que se refiere el acuerdo puede ser contractual o no contractual<sup>16</sup>. Si era consciente o no de lo que estaba haciendo es otro tema (no se pierda de vista que desde 1985 hasta la reforma se habían vertido muchas opiniones que sin duda no desconocía: Estaba en condiciones de zanjar el debate, corregir la orientación jurisprudencial más liberal, y no lo hizo), pero la norma está ahí, nada obliga a adherirse a las posiciones reglamentarias, y el hecho de que se trate de una cuestión de familia no legitima para introducir una interpretación limitadora que excluya la posibilidad de acuerdos procesales, y que sería ajena al diáfano texto legal<sup>17</sup>. De hecho, es lo más coherente con el resto del ordenamiento (véanse los propios reglamentos europeos)<sup>18</sup>.

Ahora bien, aunque no existan restricciones en cuanto a la materia, cuando hablamos de sumisión expresa sí que podría dudarse sobre las exigencias formales, porque los incisos tercero y cuarto de esa disposición se preocupan de imponerlas, y del relato de los hechos no parece desprenderse que se haya acordado nada por escrito (valdría, por ejemplo, un acuerdo prenupcial) o que existiera un intercambio de mensajes en tal sentido (ciertamente sería inaudito, por atípico). Sin embargo, el mencionado art. 22 bis LOPJ amplía las fórmulas posibles, de manera que cabría plantearse si no vale como ejercicio de autonomía la presentación de una demanda de divorcio de forma conjunta, o de un cónyuge con el consentimiento del otro. Permítaseme un breve excursus: Creo que no es dudoso que nuestro legislador se ha limitado a copiar de forma bastante tosca el art. 25 del RB I bis, sin advertir que la diferencia entre

<sup>15</sup> No es cierto que esta norma tenga una aplicación marginal porque prevalezca en este tema el art. 4.1.a.IV (*sic*) RB II bis, más que nada porque este artículo habla de reconvencción. Si lo que se pretende es referirse al art. 3, estaremos de acuerdo en que no puede haber prevalencia de una regla que admite una forma de autonomía tan limitada que la restringe a la posibilidad de acudir al domicilio de una de las partes, más que nada porque en la LOPJ no existe ese límite: Esa lectura en F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *La ley mercantil*, nº 17, 1 de septiembre de 2015, p. 3. En lo que sí lleva razón es en que se impone la interpretación con alcance derogatorio del requisito de no contrariedad a los arts. 22 *quater* a *septies*. En el mismo sentido, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, 2020, p. 344.

<sup>16</sup> Hay dos razones de peso para aceptar el foro de la autonomía, a saber, uno de protección (ampliar las posibilidades de obtener un determinado resultado en favor del grupo de personas seleccionado, sobre todo teniendo en cuenta la propensión a aplicar la ley del foro de nuestros tribunales -tendencia no exclusiva española: *V. gr.*, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Party Autonomy in International Family Law”, en *RCADI*, vol. 408, 2020, p. 313-) y otro de economía (fomentar el negocio del divorcio: El 20 de noviembre de 2012 informaba *Europa press* de cómo el alcalde de Londres, Boris Johnson, animaba a los potentados del mundo presentar sus demandas de divorcio en su ciudad, convencido de que eso reactivaría la actividad económica).

<sup>17</sup> El tema ha sido abordado por R. ARENAS GARCÍA en *Crisis matrimoniales internacionales*, Santiago de Compostela, 2004, pp. 39 ss., con abundantes referencias jurisprudenciales favorables al juego de la autonomía. Recientemente, en el mismo sentido, A. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho internacional privado*, Murcia, 2021 p. 508.

La disolución del vínculo conyugal no es materia indisponible: Simplemente, no está en manos de las partes decretarla de forma autónoma, siendo imperativa la intervención de una autoridad. Pero la decisión es suya e incondicionada, y de hecho con la mera admisión de la demanda de divorcio se producen efectos equivalentes a los de la disolución del vínculo. Viene ello a colación porque se alzan voces contrarias a la admisibilidad de la prorrogación de la competencia por ser materia indisponible (aun reconociendo que ese es un pacto procesal), extendiendo esa solución a aquellos asuntos en los que no cabe la prórroga de la competencia territorial (J. ALONSO CUEVILLAS SAYROL, *La competencia jurisdiccional internacional de los tribunales españoles del orden civil*, Valencia, 2006, pp. 91-92). La evolución de la normativa sobre divorcio avanza justamente en el sentido de que los cónyuges son soberanos, hasta el punto de poder prescindir de la intervención judicial en caso de que no haya hijos menores o incapaces, configurándolo como un acto de jurisdicción voluntaria. Hace bastantes años ya se puso de manifiesto que tal y como está configurado el divorcio en el Derecho español, probablemente no es necesario ni siquiera un procedimiento judicial: I. TAPIA FERNÁNDEZ, “El nuevo proceso de divorcio tras la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio. ¿Necesidad de un proceso especial? ¿Necesidad de un proceso?” en *Aranzadi civil*, 2006, nº 1, p. 21.

No cabe tampoco extrapolar al plano internacional las soluciones sobre competencia territorial de la LEC, porque ello conduciría al rechazo de casi cualquier posibilidad de pacto y al desconocimiento de la primacía de los criterios de competencia judicial internacional. Además, el art. 769 LEC no requiere inexorablemente el domicilio en España de las partes (entre otras cosas porque encajaría mal con el foro de la nacionalidad común, conocido desde siempre en nuestro sistema).

<sup>18</sup> Lo incoherente es el RB II bis. Actualmente, si lo del art. 12.3 no linda con la elección de tribunal, poco falta. En el futuro inmediato, que quepa la elección del tribunal en materia de responsabilidad parental en el RB II ter y no en disolución del vínculo es una incongruencia de proporciones cósmicas.

las materias a las que este se refiere y el extenso ámbito de aplicación del art. 22 bis genera incerteza. Trasladar sin más corrección los requisitos formales pensados para el tráfico mercantil a las crisis matrimoniales es arduo, como mínimo (en materia de crisis matrimoniales, por definición, no se puede hablar de una “forma que se ajusta a los hábitos establecidos entre ellos”, ni de los “usos generalmente observados”: Se impone por consiguiente una lectura poco pegada a la letra de la norma). Al fin y al cabo, con las exigencias de forma se trata de asegurarse de cuál ha sido la voluntad de los litigantes, y de la misma manera que en la jurisprudencia interpretativa del art. 25 RB I bis late el objetivo de posibilitar los pactos, no interferir demasiado y asegurarse de que esa voluntad ha sido libremente formada y expresada, sin tutelas, en el asunto ahora considerado difícilmente se puede afirmar que no existe tal voluntad, cuando dos cónyuges se ajustan para actuar de consuno. Si hay algo claro es que el legislador ampara lo que los litigantes tengan a bien decidir, y tal vez no haya hipótesis más neta que la de la solicitud conjunta de divorcio. De otro lado, aquella referencia al intercambio de escritos de demanda y contestación del apartado cuarto del art. 22 bis párrafo 2 interpretada estrictamente impediría el acuerdo sumisorio cuando no exista contienda, debiendo ser por ello entendida (reinterpretada) como manifestación de sumisión expresa en caso de solicitud conjunta: Aunque es evidente que no existen en un divorcio consensual, sería absurdo que esa modalidad cupiera sólo en el contencioso. El sector afectado, pues, obliga a releer y adaptar las reglas de competencia.

8. Y, por supuesto, es posible la tácita. Si lo anterior no convence y se niega que quepa y hubiera en el caso estudiado sumisión expresa (dicho con alcance general, que no hay sumisión expresa por la mera solicitud de divorcio de común acuerdo) y/o que las deficiencias formales son tales que nuestros tribunales no son competentes por esa vía, queda el número 3 del art. 22 bis LOPJ, que ampara sin restricciones la idoneidad de un acuerdo tácito entre los litigantes. Va de suyo que no encaja esta forma de actuar en la literalidad del art. 56 LEC (no hay demanda y contestación), mas sería absurdamente patológico obligar a las partes que deseen ubicarse bajo su cobertura a seguir cada paso de los previstos en la ley rituaría, iniciando un procedimiento contencioso aunque se haya alcanzado un convenio regulador.

9. Se podría finalmente aducir que siempre hay un límite implícito al pacto, y es el fraude de ley o procesal y el abuso de derecho<sup>19</sup>. Al fin y al cabo, la conocida tendencia de los tribunales a aplicar su propia ley hace especialmente atractiva la adecuada selección del foro (*forum shopping* y *law shopping* suelen ir de la mano<sup>20</sup>), y que se haya pretendido la aplicación del Derecho más favorable para los intereses de ambas partes es bastante probable. Lo malo es que cabe negar la mayor, porque no hay nada fraudulento o abusivo: i) Ante todo, habría que probarlo, y no hay ni un solo indicio para afirmar esa conclusión; ii) En nuestro sistema no cabe la posibilidad de abstenerse porque se trate de un *forum non conveniens*<sup>21</sup>; iii) Pero es que ni siquiera se ha creado artificialmente una apariencia de vínculo con el foro español, ni se ha ocultado dato alguno, ni se ha intentado una maniobra dilatoria<sup>22</sup>: No era necesario; iv) Al fin y al cabo, el propio auto reconoce la existencia de elementos de estrecha vinculación entre los litigantes y nuestro foro (la nacionalidad de uno de ellos, el “arraigo inmobiliario”; nada se dice de la constancia registral de ese matrimonio y del futuro divorcio), y no en vano ya se ha visto que la nacionalidad de uno de los cónyuges es un criterio residual de competencia en ordenamientos de nuestro entorno, y uno de los manejados en los trabajos preparatorios del RB II ter; v) La preferencia por la aplicación de nuestra ley no es reprochable, más que nada porque satisface el nivel de exigencia

<sup>19</sup> Es muy interesante la reconstrucción que hace la *Family Court Division* en *Rapisarda v Colladon (Irregular Divorces)*, sentencia 30 septiembre 2014 en la que discute sobre la existencia de ese límite hasta el punto de anular 180 divorcios ya pronunciados al amparo del RB II bis. En nuestro Derecho no parece dudoso que ese control sea también exigible en todo caso.

<sup>20</sup> F. FERRARI, “Forum (and Law) Shopping”, en J. BASEDOW y otros, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham/Northampton, 2017, pp. 790 ss.

<sup>21</sup> *Cf.* J. ALONSO CUEVILLAS SAYROL, *La competencia jurisdiccional...*, *op. cit.*, p. 94.

<sup>22</sup> No es baladí recordar que -en lo que afecta a nuestra disciplina- se ha apreciado fraude o abuso en situaciones de litispendencia o de ocultamiento del domicilio del demandado, nunca cuando se ha pretendido que nuestros tribunales son competentes: Valgan como ejemplo las sentencias del TS de 26 noviembre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5153) o la de la AP de Barcelona de 29 marzo 2021 (ECLI:ES:APB:2021:4500).

establecido por el legislador europeo en el art. 5 del reglamento Roma III (sería uno de los sistemas jurídicos elegibles): ¿Es censurable, pues, que un ciudadano español pretenda que se le aplique a su divorcio el Derecho español? Y si después lo declarado carece de eficacia transfronteriza, es asunto que debe preocupar a las partes, no al legislador español (*mutatis mutandis*, vale lo que en su momento dijo la DGRN sobre riesgo de matrimonios claudicantes<sup>23</sup>).

De lo anterior se deduce que cuando dos cónyuges residentes en el extranjero (Estados terceros) desean tramitar su divorcio ante nuestros tribunales, el ordenamiento español pone a su disposición instrumentos procesales idóneos para investirlos de competencia<sup>24</sup>. Por supuesto, su nacionalidad es irrelevante<sup>25, 26</sup>. Dicho de otro modo: De los casos no cubiertos por el RB II bis, desvinculados de los Estados miembros por tanto, pueden conocer los órganos judiciales españoles *ex LOPJ*, con lo que en el espacio europeo es imposible-por una u otra vía- no obtener un pronunciamiento de divorcio: Es la más pura coherencia con los principios de base.

### 3. Reconstruyendo la actuación del tribunal (coordinación con la LEC).

10. Los cauces empleados por el tribunal alicantino para llegar a aquella conclusión son a mi juicio poco transparentes.

Lo primero, una perplejidad: A tenor del art. 22 *octies* LOPJ, los jueces españoles han de abstenerse de conocer de un asunto cuando su competencia no derive de uno de los foros previstos en nuestras leyes, pero la norma opera en conjunción con lo visto hasta ahora, es decir, salvaguardando siempre la libertad de prorrogación de las partes. Habiéndose abstenido de oficio, todo parece indicar que en el plano procesal interno se ha actuado al amparo del art. 36 LEC (recuérdese que el ministerio fiscal no actúa como parte -art. 749 LEC- y por lo tanto no podemos estar en el marco del art. 39 LEC). Y como -según parece- no se ha dado la oportunidad a las partes de someterse tácitamente a los órganos judiciales españoles, tal y como prevé el apartado 3º del párrafo 2 del citado art. 36, concluiremos -por descarte- que se ha actuado bajo la cobertura de la causa segunda del art. 36.2, o sea, que a juicio del tribunal de primera instancia y de la AP se debía inadmitir la demanda *a limine* porque el conocimiento del asunto está atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado por un convenio internacional<sup>27</sup>. Sería interesante saber cuál es este (más que nada porque cuando la resolución es caprichosa en el manejo de las fuentes se causa indefensión); desde luego, el RB II bis -único instrumento internacional en la materia- no hace tal cosa<sup>28</sup>.

Segundo, una certeza: Es claro que si el caso hubiera encajado en los parámetros de aplicación del RB II bis el recurso al cauce establecido en el art. 36.2 LEC se imponía, con independencia de que la solicitud hubiera sido presentada de común acuerdo. Sólo habría que dar audiencia a las partes (art. 38), entendiendo esa expresión en función de los intereses en juego, o sea, que cuando los cónyuges actúan de común acuerdo -sea bajo la misma o distinta representación-, aun no siendo propiamente partes (desde luego, no existe demandado), en la medida en que ambos son interesados que ya están interviniendo en

<sup>23</sup> Resolución-circular de 29 de julio de 2005 sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo.

<sup>24</sup> Operando al margen del RB II bis, repito.

<sup>25</sup> De nuevo, AAP de Madrid de 21 noviembre 2008.

<sup>26</sup> Se impone una precisión sobre el divorcio notarial: Que los foros de competencia del RBII bis sean trasladables a esta hipótesis es claro, y más a la vista del considerando 14 del RBII ter (al respecto permítaseme remitir a C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "El divorcio notarial: Cuestiones de derecho internacional privado", en *Revista jurídica de Cataluña*, 2021, pp. 343 ss.); en defecto de aplicación de las normas europeas habrá que estar a los criterios de la LOPJ, entre los que se incluye la autonomía de la voluntad (en contra, la misma autora en p. 346, con una argumentación a mi juicio no demasiado florida). Los criterios del art. 54 LN valen para individualizar a un notario territorialmente competente, no para delimitar cuándo puede intervenir un funcionario español en un caso con elementos de extranjería (entre otras cosas porque privarían de eficacia a los criterios reglamentarios, por esencia prevalecientes).

<sup>27</sup> Sólo en la segunda hipótesis del art. 36 LEC se puede eludir la notificación al demandado y resolver con quienes estén personados, desde el momento que a la inmunidad se puede renunciar y la referida a la incomparecencia del demandado (que es la que cuadra con los procesos matrimoniales) se basa precisamente en tal notificación.

<sup>28</sup> Precisión innecesaria: en el RB II bis no hay competencias exclusivas en materia matrimonial, por más que se utilice esa palabra en el art. 6. Tal vez el Tribunal se ha desenfocado por esa expresión.

el proceso, corresponde dar a los dos la oportunidad de realizar alegaciones, de la misma manera que cuando se trate de la actuación de uno con el consentimiento del otro parece razonable entender que tal actuación coordinada expresa una afirmación de competencia, que se ve contradicha y sobre la que algo tiene que decir también el no personado. A mi juicio, por el contrario, no tiene sentido en el caso de una demanda de divorcio contencioso dilatar trámites, cuando al fin y al cabo la conclusión es diáfana desde el primer momento.

**11.** Luego, una desazón: Admitida la posibilidad de que los cónyuges puedan someterse a los tribunales españoles (premisa necesaria e indiscutida), queda abarloar la LOPJ y la LEC (sigo hablando en todo caso de procesos matrimoniales).

Existe una patente dificultad para encajar los supuestos de divorcio de común acuerdo en el esquema de la sumisión tácita: Negar que la solicitud de divorcio presentada por ambos cónyuges debe equivaler a acuerdo expreso nos coloca ante la imposibilidad de trasladar los elementos estructurales de tal forma de sumisión al ámbito considerado (la inhibición de oficio no tiene cabida en el sistema patrio). En tal tesitura, el tribunal habrá comprobado si concurre algún criterio objetivo sobre el que fundar su competencia<sup>29</sup>, habrá concluido que no es así, habrá notificado al demandado y habrá dado un plazo de espera a ver cuál es su reacción. Ahora bien, ¿de qué demandado se habla cuando se presenta una solicitud de divorcio de común acuerdo? No es baladí que el art. 777 LEC -que, va de suyo, entra en funcionamiento una vez admitida la demanda y por tanto afirmada la competencia del tribunal español- no habla para nada de notificar a ninguno de los cónyuges, a diferencia del 770 que explícitamente recupera las normas del proceso verbal. Dicho de otra forma, en puridad, la única acción posible después de presentar una demanda conjunta sería controlar la validez sustantiva del pacto atributivo de competencia, implícito en ella e impecable desde el punto de vista formal.

**12.** Quedan en fin algunas cuestiones concretas de orden procedimental:

- a. Si en el momento de la ratificación del convenio una parte se negara a aceptar alguno de los pactos (sustantivos), se archivarán las actuaciones y a los esposos no les quedará otra vía que instaurar un procedimiento contencioso (art. 777.3 LEC). Aunque no haya razones para retener que el acuerdo procesal no deba permanecer incólume (quien acepta la competencia de un tribunal español para un divorcio de común acuerdo seguramente la aceptaría para el contencioso), por mucho que el rechazo se proyecte sólo sobre los aspectos disciplinados por el CC y no los procesales, por muy razonable que sea mantener la eficacia del pacto procesal, en fin, son procedimientos diferentes y la extinción de un procedimiento comporta la pérdida de eficacia del pacto sumisorio concebido para el anterior (salvo que claramente se deduzca otra cosa).
- b. A mi juicio, si en una solicitud de común acuerdo uno de los cónyuges se niega a ratificar el acuerdo basándose exclusivamente en una presunta falta de competencia del tribunal español (por ejemplo pretextando que esa resolución carecería de eficacia transfronteriza), no debe dársele relevancia en este punto, es decir, no desaparece la sumisión, porque admitir esto equivaldría a respaldar la facultad de ir contra los actos propios: No sólo se ha pactado un convenio (sustantivo), sino que implícitamente existe un acuerdo procesal. Aceptada la competencia de nuestros tribunales en base a la prórroga, está claro que no se puede volver a discutir sobre el tema. Los cambios de opinión que abren la puerta a comportamientos oportunistas no caben en el sistema de competencia. Dicho de otra forma, en el trámite de la ratificación se pueden admitir alegaciones de fondo, nunca de orden competencial.

---

<sup>29</sup> Siguiendo el cauce del art. 404 LEC, de forma que será el letrado de la administración de justicia quien haya de tomar la iniciativa en ese control y someterlo todo a la decisión final del juez. No parece dudoso que este trámite se impone en todo caso, por mucho que la disciplina del supuesto de divorcio sin hijos menores o incapaces del art. 777.10 LEC pueda traslucir lo contrario al dejarlo todo en manos del letrado de la administración.

Por lo demás, en esta fase en la que el secretario da traslado al juez de la demanda no parece que quepa un examen exhaustivo o la solicitud de informaciones procesales adicionales a las aportadas en la demanda y demás documentos (*infra*).

- c. Habiendo admitido la viabilidad de los pactos procesales, no será arduo aceptar que en la fase inicial del procedimiento las partes no tendrían nada que acreditar ni demostrar respecto a los extremos en que se funda la competencia judicial, bastando que conste la voluntad de sumisión (*rectius*, es suficiente con la no impugnación de la competencia). No es aplicable a este tema el art. 777.4 LEC (concesión de plazo para aportar prueba), ni debe ser necesario acudir a la iniciativa probatoria del 752.1 LEC<sup>30</sup>: Cuando ese artículo rechaza la conformidad de las partes sobre los hechos no parece que esté pensando en otra cosa que aquellos extremos fácticos que determinan el sentido del pronunciamiento judicial para los asuntos de fondo -los ineludibles del art. 103 de nuestro CC, porque lo que está en juego escapa a su disponibilidad y queda condicionado por la búsqueda del interés del menor y, en general, por razones de interés general-, no lo procesal, en tanto que pretender que la elección indirecta de un tribunal español -siempre en los asuntos que escapan a la aplicación del RB II bis<sup>31</sup>- mediante la indicación en la demanda de aquel lugar pueda perturbar ese interés no tiene cabida lógica, si al fin y al cabo quien puede lo más puede lo menos (o sea, no sólo en las materias aludidas en el párrafo 4)<sup>32</sup>. Recuérdese que la asunción de que los cónyuges tienen una determinada residencia no supone automáticamente que los hijos la tengan en el mismo lugar (el art. 12 RB II bis es un buen ejemplo de que acumular competencias es conveniente pero no inexorable), y ahí sí que se justifica la exhaustiva investigación y la iniciativa del órgano judicial.
- d. Si en una demanda de divorcio contencioso se afirma la competencia sobre la base de la concurrencia del requisito objetivo de la residencia habitual y/o la nacionalidad, puede darse que surja contienda en cuanto a su realidad (siendo la noción de residencia habitual esencialmente inaprehensible, será sin embargo extraño que se dude respecto a la nacionalidad, criterio poco proclive a alojar incertidumbres), si el letrado de la administración de justicia alberga dudas sobre su efectiva concurrencia (i), o si el demandado impugna los datos fácticos en que se basa (o sea, no hay sumisión tácita, que por supuesto también cabría en estos casos) (ii). A este respecto: (i) Recuérdese que el art. 770.1<sup>a</sup> LEC no exige prueba alguna de estas cuestiones (la referencia a “documentos en que el cónyuge funde su derecho” no está, es claro, pensando en ello), bastando las menciones generales de la demanda (art. 399 LEC). Si surgen dudas a partir de su lectura (por ejemplo, datos contradictorios), no parece que sea necesario dar cuenta al juez para que decida sobre su admisión o no (art. 404), porque no cabe la inadmisión. Podrá ofrecerse al actor -a lo sumo- la oportunidad de precisar esos elementos de hecho, resolver contradicciones, disipar dudas (el art. 231 LEC habla de subsanar), pero no hasta el punto de generar superfluas dilaciones<sup>33</sup>. Tampoco tiene sentido en este momento acudir a la facultad reconocida en el art. 752.1 LEC para que el juez investigue sobre la realidad de los hechos. En todo caso, tanto si se consigue obtener informaciones sobre aquellos

<sup>30</sup> La disciplina de la forma en que se desenvuelven las actuaciones demuestra que al legislador no le preocupa este tema de la competencia judicial internacional (no podría ser de otro modo), de suerte que la aprobación de un convenio se condiciona sólo a la ratificación y al control de pactos sustantivos.

<sup>31</sup> Cuando sea este el texto aplicable parece lógico pensar que frente a la afirmación de la parte de tener su residencia en tal o cual lugar el juez español dispone de instrumentos de corroboración, si de la documentación obrante en autos se desprende una discordancia con la realidad (véase en seguida) o los datos no son fiables (por ejemplo, AAP Madrid de 31 enero 2012, ECLI:ECLI:ES:APM:2012:2375A, donde se subraya la antigüedad del documento de capitulaciones). El art. 752.1 LEC tiene que funcionar sin margen de discrecionalidad, al servicio del rechazo general de la autonomía consagrado por el legislador europeo. Es cierto que la regla 4<sup>a</sup> del art. 770 LEC no piensa en este tipo de pruebas, pero es que esa norma no piensa en un proceso con elementos extranjeros: No hay otro momento ni otro modo para practicarlas.

Otra cosa es que sea legítimo (economía procesal) poner en duda esa afirmación si al final el resultado es negar la competencia en base a criterios objetivos y aceptarla en virtud de elección.

<sup>32</sup> Reténgase que la acumulación de asuntos ante el tribunal que conoce del divorcio (responsabilidad parental en particular) está garantizada merced al juego de la autonomía.

No dejaría de ser paradójico por lo demás que se admita que el tantas veces referido art. 12.3 y 4 RBII bis funde un mecanismo eurocéntrico de acumulación en base a criterios básicamente evanescentes y que sin embargo se cuestionaran las afirmaciones de la parte orientadas en idéntica dirección.

<sup>33</sup> Las dudas en cuanto al domicilio del actor carecen de la entidad de las que puedan suscitarse frente a la residencia del demandado, por su importancia en sede de notificaciones.

extremos (sea en sentido confirmativo o no) como si no, lo que procede es notificar al demandado, para que valore la idoneidad -en esta última hipótesis- de someterse a los tribunales españoles. (ii) En segundo lugar, si la contraparte se opone a la competencia del tribunal español en base a la inexistencia de residencia o nacionalidad, la vía es siempre la declinatoria (art. 39 LEC), debiendo aportar al efecto la prueba de cuál es la real (art. 65.1 LEC), desde el momento en que no se puede probar un hecho negativo más que acreditando aquel que lo contradice<sup>34</sup>. Ahora sí que es idóneo el expediente del art. 752.1.2 LEC, necesario para que el tribunal alcance una conclusión. De otro lado, la incomparecencia a la vista tiene consecuencias sólo en el ámbito patrimonial (art. 770.3ª LEC), sin posibilidad de trasladar sus efectos a los hechos en que se funda la competencia.

- e. Permítaseme un excursus pegado al caso del auto comentado, volver al interrogante de partida: ¿Y si los litigantes tenían su domicilio en España? ¿Qué datos son los que tiene que atender un tribunal para poder hablar de residencia habitual? Se supone que el trámite de admisión de la demanda no da para más que un examen superficial, formal, y que las controversias sobre competencia judicial serán estudiadas *in extenso* sólo si el demandado se opone a lo afirmado por el actor, y respalda su oposición con prueba bastante. Mientras tanto, lo que afirme un demandante a ese respecto tiene una importancia relativa, y sólo cuando se formule declinatoria cambia el panorama. En esa tesitura, habrá que estar a la prueba que se aporte junto con el escrito de la declinatoria, quedando reservada la iniciativa del tribunal para los supuestos de dudas irresolubles (flagrante inconsistencia o contradicción entre las afirmaciones vertidas en la demanda y los documentos aportados, si las alegaciones del demandado son verosímiles pero no concluyentes, o si los documentos son muy antiguos). En el asunto considerado el tribunal ha entendido que debe controlar de oficio su competencia (erróneamente, pero eso ahora da igual), pero no parece que haya hecho nada más. Creo que es exigible antes de tomar una decisión tan radical como la inhibición investigar cuál es la realidad, usar la iniciativa probatoria, comprobar si en efecto se reside en tal o cual sitio, no limitarse a uno de los documentos aportados por los solicitantes y a prescindir de las alegaciones de la solicitud y otras eventuales pruebas. ¿Por qué se cree el tribunal español lo que se dijo en capitulaciones matrimoniales o en un convenio regulador y no lo que se dice meses más tarde en la demanda? ¿Quién dice que no se ha cambiado de residencia? ¿Acaso no es tiempo suficiente cuatro meses para adquirir una nueva? ¿No pesa nada la intención del privado, como pondera en sus conclusiones el AG en el asunto 289/20, pendiente ante el TJUE?<sup>35</sup> Porque, como se dijo más arriba, tal vez este es un caso del art. 3 RBII bis.

---

<sup>34</sup> Ténganse presentes las presunciones de convivencia establecidas en la ley aplicable a los efectos personales del matrimonio, que si no son desvirtuadas legitiman para aportar prueba de la residencia de un solo cónyuge. Por supuesto que si la ley rectora no es la española y se pretende acreditar otra solución tiene que ser probada.

<sup>35</sup> Es imposible encerrar el concepto de residencia habitual en una fórmula. En España es común referirse a la STS de 21 noviembre 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4113), que lo construye sobre la idea de la existencia de un centro permanente o habitual donde se localizan los intereses de una persona, con naturaleza sustancial. De centro vital con vocación de permanencia habla igualmente el AAP de Valencia de 29 marzo 2021 (ECLI:ES:APV:2021:621A). En la doctrina española *vid.* L. A. PÉREZ MARTÍN, “Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales”, en M. GUZMÁN ZAPATER/M. HERRANZ BALLESTEROS, *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial*, Valencia, 2018, p. 933; del mismo autor, “Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares en el Derecho europeo. Comentario de la sentencia de 24 de julio de 2019 de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Girona”, en *CDT*, 2020, p. 661. Las discrepancias nacionales en torno al peso de la intención del sujeto fueron evidenciadas por C. CAMPGLIO en “Il foro della residenza abituale del coniuge nel regolamento (CE) n° 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane”, en *CDT*, 2010, pp. 242 ss. A día de hoy la última orientación con autoridad se inclina por potenciar las intenciones por encima de la duración, regularidad o constancia de la presencia física: Asunto C-289/20, conclusiones del AG de 8 julio 2021 (ECLI:EU:C:2021:561): Es por todo ello por lo que considero como mínimo discutible que el solicitante del divorcio que ahora contemplamos no tuviera residencia en España.

### III. Conclusión: Buscando una respuesta coherente

**13.** No es descabellado trazar una línea continua entre los principios inspiradores de la disciplina civil de la disolución del matrimonio y la de la competencia judicial internacional, de forma que la misma libertad de que disponen dos personas a la hora de poner fin a su vínculo matrimonial se traduzca en el más amplio reconocimiento de su autonomía procesal. Aquí no se habla de responsabilidad parental, no está implicado el famoso interés del menor ni intereses públicos. Pero no tiene sentido negar ese margen de libertad cuando en realidad lo que se ha diseñado no difiere en lo básico de la jurisdicción voluntaria. Ahora bien, la disciplina de la prorrogación del foro -sea expresa o tácita- realizada por el legislador español chirría con las modalidades de actuación propias de los procesos matrimoniales, por lo que será menester leerla desde otra perspectiva, buscando sólo la constancia de una voluntad libremente formada y expresada. Eso en definitiva quiere decir equiparar demanda de común acuerdo presentada en España a prórroga en favor de nuestros tribunales.

**14.** En consecuencia, en tales hipótesis a las partes no hay que pedirles prueba de los hechos en los que se funda la competencia judicial internacional de los jueces españoles. Si su residencia interesa es sólo por motivos de fondo, no procesales. Basta su voluntad, y en todo caso sus declaraciones al respecto. Sólo en presencia de menores o incapaces será menester realizar indagaciones, en aras de la adecuada tutela de sus intereses. Y por supuesto va de suyo que si se instaura procedimiento contencioso y se formula declinatoria la LEC ofrece al tribunal una libérrima facultad para disipar incertidumbres en este punto.