



Roj: **SAP B 13777/2017 - ECLI: ES:APB:2017:13777**

Id Cendoj: **08019370122017100890**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **04/10/2017**

Nº de Recurso: **802/2016**

Nº de Resolución: **861/2017**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

**BARCELONA**

SECCIÓN Duodécima

ROLLO Nº 802/2016-R2

JUZGADO VIOLENCIA SOBRE LA MUJER 2 BARCELONA

DIVORCIO CONTENCIOSO ( ART.770 - 773 LEC ) NÚM. 95/2015

**SENTENCIA Nº 861/16**

Ilmos. Sres.

DON JUAN MIGUEL JIMENEZ DE PARGA GASTON

DON JOSÉ PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ

DON GONZALO FERER AMIGO

En la ciudad de Barcelona, a cuatro de octubre de dos mil diecisiete.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Duodécima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Divorcio contencioso ( art.770 - 773 Lec ), número 95/2015 seguidos por el Juzgado Violencia sobre la Mujer 2 Barcelona, a instancia de D. Marino , representado por la procuradora DOÑA EMMA NELLO JOVER y dirigido por la letrada DOÑA ENCARNACION PERAL PEREZ, contra DOÑA Elisa , representada por la procuradora DOÑA PATRICIA QUINTANILLA CORNUDELLA y dirigida por la letrada DOÑA SONIA AREÁN CORRAL; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia dictada en los mismos el día 12 de abril de 2014, por el Juez del expresado Juzgado. Habiendo tenido la debida intervención el Ministerio Fiscal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debía ACORDAR ESTIMAR íntegramente la demanda promovida por la Procuradora D<sup>a</sup> EMMA NE.LO JOVER en nombre y representación de D. Marino contra D<sup>a</sup> Elisa representada por la Procuradora D<sup>a</sup> MERCE CRESPILO LLORENS, decretándose: 1º. La disolución por divorcio del matrimonio formado por D. Marino y D<sup>a</sup> Elisa . Remítase testimonio de esta sentencia al Registro Civil Central a los efectos legales oportunos. 2º. Efectos legales derivados de la admisión a trámite de la demanda: a. Los cónyuges podrán vivir separados cesando la presunción de convivencia conyugal. b. Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro. c. Salvo pacto en contrario cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. 3º. Atribuir el uso de la vivienda situada



en el PASSEIG000 núm. NUM000 - NUM001 - NUM002 de Barcelona a D. Marino , debiendo abandonar D<sup>a</sup> Elisa el inmueble en el plazo de un mes desde la notificación de sentencia. 4º. No reconocer a D<sup>a</sup> Elisa pensión compensatoria. 5º. No realizar condena en costas."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado; se dio traslado a la contraria, con el resultado que obra en las actuaciones, y se elevaron las mismas a esta Audiencia Provincial. Habiéndose solicitado, se practicó prueba en esta alzada con el resultado que obra en el rollo.

**TERCERO.-** Se señaló para votación y fallo el día 28 de septiembre de 2017.

**CUARTO.-** En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los Fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada, salvo en lo que se dirá.

**PRIMERO .-** La sentencia de primera instancia ha decretado el divorcio del matrimonio que contrajeron los litigantes en Río de Janeiro (República del Brasil) el 14.4.2016 y ha adoptado las medidas reguladoras de los efectos que han sido transcritas en la parte dispositiva.

La parte demandada, la esposa, recurre la sentencia en cuanto a dos concretos pronunciamientos: a) la determinación de la ley aplicable al divorcio y, en su consecuencia, la desestimación de la demanda por cuanto no se ha acreditado que se haya decretado la separación previamente; y b) la concesión del uso del domicilio familiar por un año, por ser el cónyuge más necesitado de protección.

La parte actora solicita la confirmación de la resolución recurrida en todos sus pronunciamientos.

**SEGUNDO .-** La primera cuestión que se suscita en el recurso se refiere a la ley aplicable al estado civil por cuanto, sostiene la representación de la demandada, debe aplicarse la ley vigente en la República de Brasil por remisión a la misma del sistema del propio código civil español, por cuanto en dicho país es donde se celebró el matrimonio y se fijó el primer domicilio familiar.

La trascendencia de esta cuestión no es baladí. Si se aplicase el derecho brasileño no puede promoverse el divorcio directamente, sino que se exige que se establezca primero la separación de cuerpos para, transcurridos los términos legales de separación efectiva sin reconciliación, poder instar el divorcio. En este caso en el momento en el que se contrajo el matrimonio el esposo tenía (y tiene actualmente) la **nacionalidad** española mientras la esposa tenía la brasileña.

La sentencia de primera instancia ha analizado esta cuestión de forma extensa y ha concluido que, no discutiéndose la competencia, por cuanto ambos cónyuges residen en España, la ley que regula el divorcio es la española porque no existió domicilio común en Brasil. Efectivamente, aun cuando es cierto que el matrimonio se celebró en Río, el primer domicilio del matrimonio radicó en Barcelona, lo que es plenamente compatible con el hecho de que la esposa tardara en instalarse en el mismo casi un año por cuestiones "de papeleo" como afirma su propia representación en el hecho tercero de su escrito de demanda en el que "nos encontramos en una situación en la que no hubo domicilio inmediatamente posterior" (folio 55 vtº de los autos principales).

De cualquier manera, la referida cuestión ha dejado de tener trascendencia alguna en el enjuiciamiento desde el punto y hora que el artículo 107 del Código Civil fue reformado por la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria (DF 1ª párrafo 28 ) que reenvía a la legislación europea que, respecto a esta materia sobre el estado civil (divorcio) y en la fecha de interposición de la demanda, ya era el Reglamento UE nº 1259/2010 de aplicación "erga omnes", es decir, incluso a ciudadanos de Estados no miembros de la Unión. El artículo 8.a ) del mismo establece que en ausencia de pacto entre los cónyuges la ley que rige el divorcio es la del Estado de residencia habitual del matrimonio. En cuanto al divorcio es la ley española, que ha sido correctamente aplicada.

Por lo que se refiere a los efectos del divorcio y, en concreto, al único de los pronunciamientos recurridos, que es el del uso de la vivienda familiar se ha de aplicar el Código Civil de Catalunya por el principio de territorialidad del artículo 13.2 del código civil .

El primer motivo del recurso de la esposa, en consecuencia, debe ser rechazado.

**TERCERO .-** Entrando a enjuiciar el único de los pronunciamientos que se impugnan relativo a las medidas reguladoras del divorcio, que es el del uso de la vivienda familiar (por cuanto la denegación de la pensión compensatoria no ha sido objeto de recurso), se ha de remarcar que, no existiendo hijos comunes, el criterio a aplicar es el de la mayor necesidad de uno de los cónyuges.



En tal sentido carece de causa y soporte legal el haber atribuido el uso de la vivienda al actor por cuanto el mismo no tiene más necesidad que la demandada. En todo caso, si se hubiese apreciado que ninguno de los dos tiene una necesidad manifiesta no se debió atribuir a ninguno de ellos, sin perjuicio del derecho a obtener la posesión que pueda tener el actor como propietario.

La sentencia de primera instancia no ha apreciado la situación de mayor necesidad en la actora pese a que la misma carece de ningún otro lugar en el que residir en España y no le ha sido reconocida tampoco la pensión compensatoria por desequilibrio por la corta duración del matrimonio, que la sentencia cifra en un año, cuando realmente no ha sido así. Existe un error en la apreciación de las pruebas notorio puesto que el matrimonio se contrajo el 14.8.2013 y la ruptura (tras un incidente de violencia sobre la mujer que originó una causa penal) se produjo a mediados de septiembre de 2015. Es decir, la convivencia perduró dos años.

Por otra parte, y de las circunstancias que concurren, este tribunal aprecia la concurrencia de los requisitos del artículo 233-20.3, párrafo b) por cuanto, aun no existiendo hijos comunes, durante la convivencia la esposa careció por completo de ingresos y una vez producida la ruptura las posibilidades de conseguir una vivienda para establecer su propia residencia y la de la hija que tiene a su cargo son prácticamente nulas, entre otras causas, porque no tiene el permiso de trabajo como extranjera, y carecía de medios propios de subsistencia.

El actor, sin embargo, tiene unas percepciones brutas de 4.422 € según consta en sus hijas de salario (folios 18 y scs) con un total anual de 57.534 €.

Aun cuando la recurrente pueda regresar a su país natal, y no haya acreditado que dejó en el mismo un trabajo y una vivienda, es lo cierto que el compromiso matrimonial existió, y no puede liquidarse la relación que el actor propició y de la que es en una parte responsable, con una actitud despectiva como la que se deduce de los comentarios que se vierten contra la demandada. El perjuicio económico derivado de la ruptura ha sido de graves proporciones, máxime cuando no se le ha reconocido el derecho a percibir pensión compensatoria.

La consecuencia de lo anterior es que se debe estimar el recurso en lo que se refiere al uso de la vivienda familiar por el periodo de un año, que es el límite que la representación de la esposa fija en su recurso.

A este respecto, y como quiera que en la sentencia de primera instancia se concedió un plazo perentorio, de un mes desde su notificación, para el desalojo de la vivienda, debe considerarse que es posible que la esposa haya dejado la misma, en cuyo caso, se habrá de compensar con el equivalente económico del perjuicio que le haya reportado el haber tenido que dejar la vivienda, que se cuantifica en la cifra de 500 € mensuales durante un año (con deducción de los meses que, en su caso, haya permanecido en el domicilio familiar con posterioridad al primer mes siguiente a la fecha de notificación de la sentencia de primera instancia).

**CUARTO** .- La estimación parcial del recurso del demandado determina que no proceda realizar especial declaración sobre las costas de la alzada, de conformidad con lo que establecen los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la señora Elisa , contra la Sentencia de fecha 12 de abril de 2016 del Juzgado de VIDO nº DOS de Barcelona, sobre DIVORCIO, (autos nº 95/2015), en el que ha sido parte apelada el señor Marino , y revocamos en parte dicha resolución en el único extremo de conceder a la esposa el derecho de uso del domicilio familiar por el periodo de un año desde el mes siguiente al de la notificación de la sentencia de primera instancia, con la previsión subsidiaria, si ya hubiese desalojado la vivienda por haber sido cumplido el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, de ser compensada con el importe de 500 € mensuales por cada uno de los meses, hasta completar la anualidad que le es concedida). y debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución impugnada en cuanto al resto de sus pronunciamientos; sin pronunciamiento especial respecto a las costas de la apelación.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 LEC y recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente ( D.F. 16ª, 1.3ª LEC ). También cabe recurso de casación, en relación con el derecho civil catalán, sustantivo y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. El/los recursos debe/n ser interpuesto/s ante esta Sección en el plazo de veinte días.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



**PUBLICACIÓN.**- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ