



Roj: **SAP MU 1104/2018 - ECLI: ES:APMU:2018:1104**

Id Cendoj: **30030370042018100273**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **4**

Fecha: **11/01/2018**

Nº de Recurso: **935/2017**

Nº de Resolución: **7/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JOSE CARRILLO VINADER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**MURCIA**

**SENTENCIA: 00007/2018**

Modelo: N10250

SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, Nº 5, MURCIA

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

Tfno.: 968 229119 Fax: 968 229278

Equipo/usuario: 001

**N.I.G.** 30016 48 1 2016 0000247

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000935 /2017**

**Juzgado de procedencia:** JDO. VIOLENCIA SOBRE LA MUJER N.1 de DIRECCION000

**Procedimiento de origen:** DCT DIVORCIO CONTENCIOSO 0001406 /2016

Recurrente: Samuel

Procurador: MARIA DOLORES PEREIRA GARCIA

Abogado: ANTONIO SEGURA MELGAREJO

Recurrido: María Antonieta , MINISTERIO FISCAL

Procurador: MARIA LUISA FLORES BERNAL,

Abogado: MARIA JOSE SORIANO ASUAR,

**ILMOS. SRES.**

D. CARLOS MORENO MILLÁN

**PRESIDENTE**

**D. FRANCISCO JOSÉ CARRILLO VINADER**

**D. RAFAEL FUENTES DEVESA**

**MAGISTRADOS**

En la ciudad de Murcia, a once de enero del año dos mil dieciocho.

Habiendo visto en grado de apelación la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial el Rollo de Apelación Civil 935/2017 dimanante del Juicio de Divorcio contencioso número 1406/16 que inicialmente se ha seguido ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número Uno de DIRECCION000 (Murcia) entre las partes, como



actora y ahora apelada D<sup>a</sup>. María Antonieta , representada por la Procuradora Sra. Flores Bernal y defendida por la Letrada Sra. Soriano Asuar, ambas del turno de oficio, y como demandado y ahora apelante D. Samuel , representado por la Procuradora Sra. Pereira García y defendido por el Letrado Sr. Segura Melgarejo. En ambas instancias interviene el Ministerio Fiscal al amparo de su Estatuto, en esta alzada como apelado, siendo ponente don FRANCISCO JOSÉ CARRILLO VINADER que expresa la convicción del Tribunal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instancia citado con fecha 15 de mayo de 2017 dictó en los autos principales de los que dimana el presente rollo la sentencia cuya parte dispositiva dice así: " **FALLO: Que estimando parcialmente la demanda de divorcio formulada por la Procuradora Sra. Gallardo Amat, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Joaquina seguida contra D. Blas , acuerdo:**

1º) *La disolución por divorcio del matrimonio contraído entre las partes el día 13/06/1.997, con todos los efectos legales inherentes.*

2º) *Se atribuye a ambos progenitores la titularidad y ejercicio de la patria potestad respecto a sus cuatro hijos menores de edad, de manera que deberán ejercerla conjuntamente y comunicarse aquellas decisiones que con respecto a sus hijos adopten en el futuro, por lo que deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias, obligándose a respetarlo y cumplirlo.*

3º) *Se atribuye la guarda y custodia de los cuatro hijos a la madre, en cuya compañía residen en la actualidad.*

4º) *Se atribuye el uso de la vivienda y ajuar domésticos que venía siendo familiar a los menores y por ende a la madre en cuya compañía quedan aquellos.*

5º) *Se mantiene el régimen de visitas mínimo y salvo acuerdo entre las partes y sin perjuicio de la flexibilidad y posibilidad de adaptarlo a las circunstancias laborales del demandado, establecido en el auto nº nº495/2.015, de 21 de septiembre, dictado por este Juzgado en las Medidas Provisionales Previas a la Demanda nº738/2.015, con la única salvedad que dada la edad de los dos hijos mayores del matrimonio, respecto a estos últimos, las visitas y estancias entre el progenitor no custodio y sus dos hijos mayores será la que libremente acuerden entre los hijos y el padre, siendo igualmente de aplicación este régimen de visitas libre entre los menores y el padre cuando los sucesivos hijos vayan cumpliendo los 14 años de edad.*

6º) *EL progenitor no custodio abonará al progenitor custodio en concepto de pensión de alimentos a favor de sus cuatro hijos la cantidad mensual de 3.400 euros, que deberá abonar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la Código Seguro de Verificación NUM000 Puede verificar este documento en <https://sedejudicial.justicia.es> cuenta donde se están efectuando los ingresos por tal concepto o en la que designe la madre, durante doce mensualidades, a razón de 1.000 euros por gastos de escolarización y educativos de los hijos que cursan en la actualidad sus estudios en el centro escolar DIRECCION001 de Murcia, abonando directamente dichos gastos el demandado al centro escolar correspondiente y sin perjuicio de establecer dicha cantidad como concepto contemplado por estudios y formación de los hijos; 1.000 euros por el derecho de habitación de los cuatro hijos, en relación con el alquiler de la vivienda que había venido siendo la familiar y cuyo uso tienen atribuido los menores y la progenitora custodia en cuya compañía residen aquellos y; 1.400 euros por alimentos, consumos y demás necesidades de los menores, a razón de 350 euros/mes por hijo. Cantidad que será incrementada anualmente conforme variaciones que experimente el I.P.C. u organismo que lo sustituya. Más la mitad de los gastos extraordinarios.*

7º) *Así mismo por acuerdo entre las partes y como contribución a las cargas del matrimonio, el demandado seguirá abonando directamente a la financiera el pago mensual de 500 euros por el préstamo del vehículo y hasta el completo pago del mismo, cuyo uso y disposición tiene la actora.*

8º) *Se establece una pensión compensatoria a favor de la actora de 300 euros/mensuales durante dos años máximo a partir del dictado de la presente y en tanto no se incorpore la actora al mercado laboral, que deberá abonar el demandado dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la actora a tal efecto. "*

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, interpuso recurso de apelación D. Samuel , solicitando su revocación.

Después se dio traslado a las otras partes. El Ministerio Fiscal se opuso al mismo, pidiendo la confirmación de la sentencia, en tanto que la actora inicial además impugnó la sentencia interesando su revocación parcial en cuanto al importe de la pensión de alimentos. De la impugnación se dio traslado a las restantes partes y sólo el apelante inicial se opuso.



Por el Juzgado se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, turnándose a la Sección Cuarta donde se registraron con el número de Rollo 935/2017. Tras personarse las partes, por auto del día 2 de enero de 2018 se señaló el de ayer para la votación y fallo de la causa, que ha sido sometida a deliberación de la Sala.

TERCERO.- En la sustanciación de esta segunda instancia se han observado las prescripciones legales.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D<sup>a</sup>. María Antonieta plantea demanda de divorcio contra D. Samuel , con quien había contraído matrimonio en Marruecos el 24 de septiembre de 2012, teniendo una hija en común, nacida el 29 de septiembre de 2014. Interesa no solo la disolución del vínculo, sino también medidas definitivas sobre la guarda y custodia de la hija común, régimen de visitas a favor del progenitor no custodio y alimentos de la menor a su cargo.

El demandado comparece y se opone a la demanda alegando que no consta acreditada en forma la existencia del matrimonio (se aporta un acta matrimonial sin traducir), que sus convicciones le impiden aceptar la disolución del vínculo matrimonial y que el derecho aplicable es el de Marruecos, donde se celebró el matrimonio, siendo además ambos de dicha nacionalidad ( art. 107.2 CC ). Subsidiariamente se opone a las medidas definitivas pretendidas de contrario, instando una custodia compartida por meses y que, el que no la tenga ese periodo con ella, abone 100 € al mes al otro para sus alimentos. Subsidiariamente, si se atribuye la custodia a la madre, pide un amplio régimen de visitas y que los alimentos que él deba abonar sean de 100 € al mes.

Tras la celebración de la vista, a la que no acudió el demandado ni su representación procesal, se dictó sentencia por la que se estimaba la demanda, rechazando las excepciones planteadas para entrar en el fondo, y se atribuía a la madre la guarda y custodia de la hija común, con un régimen ordinario de estancias y comunicaciones de la menor con el padre, a quien se le fijaba una pensión de alimentos para la menor de 150 € al mes. No se imponían las costas.

Contra la citada sentencia interpuso recurso de apelación el demandado, quien denunciaba infracción del art. 770.1 LEC , al haberse admitido la demanda sin que se aportara el acta de matrimonio traducida al español, e infracción del art. 107.2 CC , porque no es aplicable la nueva redacción al ser anterior el matrimonio celebrado entre las partes; subsidiariamente pedía una ampliación parcial de las visitas de fin de semana.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso, pidiendo la confirmación de la sentencia. Por su parte la actora inicial, además de oponerse, impugna parcialmente la sentencia, interesando que se incremente a 180 € al mes la pensión de alimentos a cargo del padre.

De la impugnación se ha dado traslado a las otras partes, y sólo se opone a la misma el apelante inicial.

SEGUNDO.- El recurso de apelación del demandado plantea, en primer lugar, la *infracción del art. 770 LEC , en su regla 1<sup>a</sup>* . Dicho precepto exige que a la demanda de divorcio " *deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio* ". Por su parte, el art. 144.1 LEC establece: " *A todo documento redactado en idioma que no sea el castellano o, en su caso, la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de que se trate, se acompañará la traducción del mismo*".

En el presente caso con la demanda se aportó la certificación del matrimonio contraído por las partes en Marruecos, sin traducir, por lo que mediante diligencia de ordenación de fecha 30 de noviembre de 2016 se requirió a la demandante que subsanara tal defecto en el plazo de 15 días, lo que hizo, como reseña la propia sentencia apelada. Se trataba de un defecto claramente subsanable, que no causó indefensión alguna a la parte contraria, quien no niega que el matrimonio hubiera tenido lugar, sino que pretende invocar un defecto procesal subsanable para evitar que se entre en el fondo del tema discutido.

El art. 231 LEC establece: " *El Tribunal y el Secretario judicial cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes* ", y por su parte la Disposición Adicional Quinta de la LEC , entre las medidas de agilización de determinados procesos civiles, como los de divorcio, establece en su apartado 3. Primera d) que las Oficinas de Señalamiento Inmediato: " *Requerirán a la parte actora, de ser necesario, para la subsanación de los defectos procesales de que pudiere adolecer la presentación de la demanda o solicitud, que deberán solventarse en el plazo de tres días* ".

En el presente caso, en cumplimiento de tales preceptos se ha requerido a la actora para la subsanación del defecto detectado, por lo que no se ha infringido norma alguna en la tramitación del procedimiento, sino todo lo contrario, se ha cumplido con lo expresamente establecido en la normativa procesal, por lo que se ha de rechazar este primer motivo del recurso.



TERCERO.- Se denuncia también la *infracción del art. 107.2 CC*, entendiendo el ahora apelante que el derecho aplicable sobre la disolución del matrimonio es el marroquí y no el español, porque ambos litigantes son nacionales de dicho país y el matrimonio se contrajo allí. En la contestación a la demanda se transcribía una redacción de dicho precepto que era anterior a la vigente en ese momento, y decía así: " *La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda* ". Como precisa la sentencia de primera instancia, tras la Ley 15/2015, de 28 de julio, el citado precepto establece: " *La separación y divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de derecho internacional privado* ".

El apelante admite en su recurso dicho cambio legislativo, pero alega que no es de aplicación al presente caso porque el matrimonio se celebró antes de esa reforma, en 2012, sin que tenga trascendencia que la demanda sea posterior. Pero tales argumentos no pueden ser admitidos. Las leyes producen efecto a los veinte días desde su completa publicación en el BOE, salvo que en ellas se establezcan otra cosa ( art. 3.1 CC ), y en el presente caso la Ley 15/2015 entró en vigor (Disposición Final vigésima primera) a los 20 días de su publicación, que tuvo lugar en el BOE de 3 de julio de 2015, por lo que al presentarse la demanda el 26 de noviembre de 2016 era esa la legislación aplicable.

Por lo tanto, la normativa a tener en cuenta es el Reglamento de la UE 1259/2010 (también conocida como Reglamento de Roma III), en cuyo artículo 8 establece su ámbito de aplicación personal en el sentido de que la ley aplicable a falta de elección por las partes en los supuestos de divorcio y la separación judicial, estando sujetos a la Ley del Estado: a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda, o en su defecto, b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual. Conforme a tal normativa resulta irrelevante la nacionalidad comunitaria o extracomunitaria de los litigantes, o su residencia, pues es de aplicación *erga omnes*: es determinante la Ley del Estado vinculado por dicho Reglamento en el que se plantee el procedimiento, ante una autoridad de dicho Estado, y España lo es desde su entrada en vigor el 21 junio 2012.

En el presente caso, ambos supuestos previstos en la citada norma determina la aplicación de la ley española, y en ella el divorcio cabe por la mera petición de uno de los cónyuges cuando el matrimonio haya durado más de tres meses ( arts. 81 , 85 y 86 CC ), como es el caso enjuiciado, por lo que ninguna relevancia tiene el derecho común de los cónyuges en el presente caso.

A igual conclusión se llegaría aplicando que las normas de conflicto subsidiarias del Reglamento de Roma III:

- Primer criterio: ley elegida por los cónyuges (arts. 5-7)

- En defecto de elección de ley: se rige el divorcio por la Ley más estrechamente vinculada. De los distintos supuestos que contempla al caso ahora examinado sería de aplicación el primero que establece:

1º) Si ambos cónyuges residen en el mismo Estado en el momento de interponer la demanda, y no han elegido la ley aplicable, entonces el art. 8.a RRoma III indica que la ley más estrechamente vinculada es la de la residencia habitual común (que en el presente caso es la Ley española);

Además, los arts. 10-12 R. Roma III prevén que no se apliquen ciertas leyes extranjeras a las que conducen los puntos de conexión del art. 8:

- Que no contemplen la disolución intervivos del matrimonio, en cuyo caso se aplicará la Ley del foro;

- Leyes que no conceden a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, en cuyo caso, la ley extranjera no se aplicará y el divorcio o separación judicial se regirá por la Ley del foro.

-Leyes estatales cuya aplicación resulte contraria al orden público del foro.

La sentencia aportada por el apelante emitida por un Tribunal marroquí en ausencia de la esposa, no puede impedir la aplicación del derecho español, en primer lugar porque la aportación ha sido extemporánea, pues debió hacerse en la primera instancia, tal y como se expresa en el auto de esta Sala de 2 de enero del corriente año.

Además, porque el Convenio Hispano-Marroquí 30 mayo 1997 exige previamente un *exequatur* o un reconocimiento por homologación de la resolución marroquí, en el que el procedimiento se rige íntegramente por la Ley del Estado requerido. En España sería competente el Juez de Primera Instancia (art. 25 Convenio), y aquí no se ha pedido ningún *exequatur* ni reconocimiento por homologación del divorcio marroquí, ni siquiera de manera incidental, ante el Juez de la primera instancia.

En cualquier caso, el art. 23 Convenio 1997 regula los requisitos que deben reunir las resoluciones judiciales para que puedan producir efectos en el otro Estado, entre ellas que:



- Las partes han sido legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes; (en la certificación de la sentencia marroquí remitida no consta la citación personal de la demandada ni su declaración de rebeldía),
- La resolución no contenga disposiciones contrarias al orden público del Estado en que se solicite la ejecución, ni a los principios del derecho internacional que sean aplicables en el mismo (en el presente caso se presenta la demanda en el país en el que no reside la demandada y a raíz del conflicto surgido entre las partes con apertura de un procedimiento penal por violencia de género contra el marido).

Por todo ello se ha de rechazar este motivo del recurso.

CUARTO.- Finalmente, con carácter subsidiario, plantea el apelante una pretensión para que se *amplíe el régimen de visitas*, iniciándolo a las 20 horas de los viernes y no a las 10 horas del sábado, señalando que no se explica por la sentencia por qué no elimina la reducción acordada que se aparta de la habitual en estos casos.

La apelada se opone alegando que el padre no cumple ni con el régimen inicialmente establecido (no acudió ni una sola vez a las visitas los miércoles por las tardes), ni con el pago de los alimentos, aparte de que la menor sólo tiene 2 años, por lo que debe mantenerse.

El motivo ha de ser estimado. El padre alegó que por motivos del trabajo no podía cumplir con las visitas intersemanales. Junto a ello, en la actualidad la hija tiene tres años y tres meses de edad. Al dictarse el auto de medidas provisionales sólo tenía dos años, lo que podía justificar ese régimen más restringido para las visitas en fines de semana alterno, pero en la actualidad la mayor autonomía de la menor permite adaptarlo al sistema habitual, al no constar otros datos que lo desaconsejen, por lo que se fija el inicio de las estancias en los fines de semana alternos a las 20 horas de los viernes.

QUINTO.- En cuanto al recurso de apelación (por vía de impugnación) de la madre, pretende que se amplíe la cuantía de la pensión de alimentos a 180 € al mes, que era lo por ella pedido en su demanda inicial. Se alega que el padre tiene trabajo y es titular de un vehículo, mientras ella va a dejar de percibir en septiembre de 2017 la prestación temporal que percibe.

Los datos invocados por la apelante se reflejan en la sentencia de primera instancia, y no permiten apreciar que la cuantía establecida resulte desproporcionada a las capacidades económicas de los obligados a prestar los alimentos (ambos progenitores), ni a las necesidades de quien debe percibirlos, pues los ingresos acreditados del padre son de cuantías reducidas (entre 106 y 372 € al mes), y precisamente el saldo medio de la cuenta bancaria del padre es de 9374 € (folio 89), mientras que el de la madre es de 96364 € (folio 83), lo que evidencia que no existen datos para concluir que la cuantía fijada sea incorrecta en función de los criterios aplicables ( art. 146 CC ).

SEXTO.- Al estimarse parcialmente el recurso de apelación planteado por el Sr. Samuel , no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada, tal y como establece el art. 398.2 LEC , debiendo devolverse al apelante el depósito constituido para recurrir ( Disposición Adicional 15ª. 8 LOPJ ).

Tampoco procede hacer imposición de las costas ocasionadas con la impugnación planteada por la madre, al apreciarse serias dudas de hecho y de derecho ( art. 398 en relación con el 394 LEC al que se remite).

VISTOS los artículos citados y los de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Pereira García, en nombre y representación de D. Samuel , contra la sentencia dictada en el juicio de divorcio seguido con el número 1406/2016 ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número Uno de DIRECCION000 , y estimando en parte la oposición al recurso sostenida por el Ministerio Fiscal y por la Procuradora Sra. Flores Bernal, en nombre y representación de Dª. María Antonieta , así como desestimando la impugnación de la sentencia planteada por esta última, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha sentencia, en el único extremo de fijar las 20 horas del viernes como inicio del régimen de estancias de la menor con su progenitor no custodio durante los fines de semana alternos, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Devuélvase al apelante inicial el depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la sentencia y llévase certificación de la misma al rollo de esta Sala y a los autos del Juzgado, al que se devolverán para su ejecución y cumplimiento.



**Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días desde que sea notificada, debiendo consignar la cantidad de 50 € (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a lo establecido en la D. A. 15ª LOPJ y, en su caso, la tasa prevista en la Ley 10/2012, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.**

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ