



Roj: **SAP GC 470/2018 - ECLI: ES:APGC:2018:470**

Id Cendoj: **35016370032018100227**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **3**

Fecha: **14/03/2018**

Nº de Recurso: **553/2017**

Nº de Resolución: **141/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ROSALIA MERCEDES FERNANDEZ ALAYA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 4ª)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 11 69 72

Fax.: 928 42 97 73

Email: s03audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000553/2017

NIG: 3501942120160001087

Resolución: Sentencia 000141/2018

Proc. origen: Familia. Divorcio contencioso N° proc. origen: 0000020/2016-00

Juzgado de Violencia sobre la Mujer N° 1 de DIRECCION000

Apelado: Lina ; Abogado: Nisamar Peña Perez; Procurador: Zaida Maria Santana De Vera

Apelante: Juan Manuel ; Abogado: Adriana Isabel Loza Belen; Procurador: Maria Elena Perdomo Luz

### **SENTENCIA**

Ilmos. /as Sres. /as

SALA Presidente

D./Dª. ROSALÍA MERCEDES FERNÁNDEZ ALAYA (Ponente)

Magistrados

D./Dª. JOSÉ ANTONIO MORALES MATEO

D./Dª. MARÍA PAZ PÉREZ VILLALBA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 14 de marzo de 2018.

SENTENCIA APELADA DE FECHA: 27 de febrero de 2017

APELANTE QUE SOLICITA LA REVOCACIÓN: D. /Dña. Juan Manuel

VISTO, ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial, el recurso de apelación admitido a la parte demandada, en los reseñados autos, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer N° 1 de DIRECCION000 de fecha 27 de febrero de 2017, seguidos en esta alzada a instancia de D. /Dña. Juan Manuel representados por el Procurador D. /Dña. MARIA ELENA PERDOMO LUZ y dirigido por el Letrado



D. /Dña. ADRIANA ISABEL LOZA BELEN, contra D. /Dña. Lina , apelada-impugnante, representado por el Procurador D. /Dña. ZAIDA MARIA SANTANA DE VERA y dirigido por el Letrado D. /Dña. NISAMAR PEÑA PEREZ., siendo parte el Ministerio Fiscal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Fallo de la Sentencia apelada dice:

Que estimando parcialmente la demanda formulada por la representación procesal de DOÑA Lina , contra DON Juan Manuel :

1.- Se declara la disolución por DIVORCIO del matrimonio contraído por los litigantes en fecha 6 de MAYO de 1999, con disolución del régimen económico matrimonial y demás efectos legales inherentes a dicha declaración y en especial con los determinados en los fundamentos segundo (patria potestad, régimen de guarda y custodia y visitas relativo a la hija menor y atribución del uso y disfrute de domicilio conyugal), tercero (pensión de alimentos con cargo al padre para la hija común de 150 Euros mensuales y deberá contribuir a los gastos extraordinarios en la proporción de un cincuenta por ciento (50%). Sólo indicar que la contribución impuesta al padre en concepto de alimentos debidos a la hija, deberá entregarse por mensualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria a tal efecto señalada. Dichas prestaciones se revisarán y actualizarán anualmente conforme a las variaciones del IPC publicada por el INE u organismo oficial que lo sustituya.

2.-No procede hacer expresa imposición de las costas procesales.

Una vez firme esta sentencia, remítase testimonio de la misma al Encargado del Registro Civil del lugar donde este inscrito el matrimonio y el nacimiento de los hijos.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de Apelación, el cual deberá ser anunciado en el plazo de cinco días.

Expídase y únase certificado de esta sentencia a las actuaciones, llevando el original al Libro de Sentencias.

SEGUNDO.- La relacionada sentencia, se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad a lo dispuesto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y habiéndose solicitado prueba en esta segunda instancia, dictándose auto, y tras darle la tramitación oportuna se señaló para su estudio, votación y fallo el día 27 de noviembre del 2017.

TERCERO.- Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho, y observando las prescripciones legales. Es Ponente de la Sentencia el Ilmo. /a Sr. /a. D. /Dña. ROSALÍA MERCEDES FERNÁNDEZ ALAYA, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mediante el recurso de apelación que ahora se resuelve se alza el demandado contra la sentencia dictada por el juez a quo en que, decretándose el divorcio de los litigantes, se acordaban determinadas medidas referidas a la atribución de la guarda y custodia y correlativa relación paterno-filial con respecto a la hija común Angustia así como uso del domicilio familiar, pensión alimenticia y contribución a los gastos extraordinarios de esta hija.

El demandado recurrente insiste en primer lugar en una cuestión previa ya planteada en la instancia, invocando infracción procesal del art. 393.5 LEC en relación con arts. 44 CC y 85.4 LOPJ , en su consideración de que el juzgado español no es competente para dirimir este divorcio por no encontrarse inscrito en España el divorcio del primer matrimonio del apelante ni, consecuentemente, el matrimonio posterior con la aquí actora. En cuanto al fondo del asunto, alega error en la valoración de la prueba en relación con la atribución de uso del que fuera hogar familiar y la pensión alimenticia decretada a favor de la hija de la que señala que, ya desde la fecha del juicio, era mayor de edad, discrepando del fallo alcanzado por entenderlo no acorde con las circunstancias socioeconómicas de las partes en litigio. Se interesa en definitiva en el recurso:

I.No haber lugar al divorcio por razones de competencia.

II.Establecer las siguientes medidas definitivas:

Patria potestad conjunta; subsidiariamente, dada la mayoría de edad de la hija, no se acuerde nada al respecto.

Atribución de la custodia a la madre; subsidiariamente, por la mayoría de edad de la hija no se acuerde nada al respecto.



Régimen de visitas a favor del padre flexible; subsidiariamente, teniendo en cuenta la mayoría de edad de la hija, no se acuerde nada al respecto.

Pensión alimenticia: fijación a favor de la hija de una cuantía de 90 euros mensuales en lugar de los 150 euros decretados en la instancia.

Atribución del domicilio conyugal a la demandante hasta la mayoría de edad de la hija, a partir de cuyo momento los cónyuges podrán acordar el destino de la vivienda.

Al oponerse al recurso de apelación interpuesto, la apelada considera inexistente la infracción procesal invocada como cuestión previa por cumplir los documentos aportados con todos los requisitos precisos para considerar acreditada la existencia del matrimonio contraído en Venezuela cuyo divorcio se interesa en España por residir desde hace años ambos esposos en este país. Al tiempo, la actora impugna el fallo apelado a fin de que el importe de la pensión alimenticia a favor de la hija se fije en la suma de 250 euros mensuales y se decrete la contribución del demandado al 50% de los gastos extraordinarios que la hija genere concretándose que en estos se incluyen los que se produzcan como consecuencia del normal desenvolvimiento social de la hija, y otros que sean necesarios durante la vida de la misma, tales como, y sin carácter taxativo, operaciones quirúrgicas, largas enfermedades, gastos de oculista, lentes correctoras de la vista, odontólogo, así como los gastos médicos y medicamentos que no se encuentren cubiertos por la Seguridad Social, salvo que lo estén por el seguro de alguno de los padres, así como los relacionados con el Colegio/Instituto/Universidad y educación de la hija, incluidos los gastos de inicio escolar/académico tales como matrículas, libros, material escolar, uniformes, excursiones, actividades extraescolares y AMPA.

SEGUNDO.- Para resolver adecuadamente el recurso de apelación interpuesto y la impugnación deducida por la apelada debe partirse de señalar que no existen las infracciones legales invocadas como cuestión previa en orden a la competencia del juzgado a quo para decretar el divorcio por los motivos que el demandado ahora recurrente indica.

Al efecto es de recordar que el art. 3.1 del Reglamento (CE ) 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental establece claramente en relación con los asuntos referidos al divorcio la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre, entre otros, la residencia habitual de los cónyuges, como es aquí el caso. Igualmente, de existir cuestiones de responsabilidad parental sobre un menor (como sucedía en el momento de presentación de la demanda), el art. 8 establece la regla de competencia general de la residencia habitual del menor, con las precisiones de los arts. siguientes. Y por su parte, en cuanto a la Ley aplicable al divorcio (contrariamente a lo que sostiene la apelada), a falta de convenio de elección de ley según el art. 5 del Reglamento (UE) **1259/2010** del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, el art.8 establece foros en cascada, siendo de aplicación en este caso el del apartado a): la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de interposición de la demanda (aquí pues, la ley española).

Ciertamente, para que el divorcio despliegue plenos efectos en España debe ser inscrito en el Registro Civil español y, como se admite, ello por el momento no es posible porque no consta inscrito el matrimonio por falta, a su vez, de la inscripción del previo divorcio del matrimonio del demandado con otra persona, todo ello sucedido en Venezuela y debidamente registrado en ese país. Pero, con la precisión anterior, esa falta de inscripción no impide la declaración de divorcio que se postula como tampoco el reconocimiento de sus efectos en Venezuela donde sí figura inscrito el matrimonio -con los trámites y formalidades legales que allí se exijan para ello- e, incluso, la inscripción en España - igualmente con los trámites y formalidades legales pertinentes- de todos los actos que hasta ahora no han tenido reflejo en el Registro Civil español (primer divorcio del demandado y posterior matrimonio de éste con la demandante) para que así pueda inscribirse el divorcio de los aquí litigantes que mediante la sentencia de instancia se declara. Y ello porque la existencia del matrimonio no se discute como tampoco su validez, siendo que la documental aportada por la actora, una vez subsanada, es suficiente al respecto, obrando en autos el Certificado original de matrimonio con su correspondiente apostilla de La Haya.

Sentado lo anterior, obvia es la competencia de los Tribunales españoles para resolver acerca de la disolución del vínculo matrimonial de los litigantes siendo que, en puridad, el demandado ni siquiera se opone a tal divorcio en su sustantividad, por lo que la cuestión previa planteada debe ser rechazada en esta alzada como lo fue en la primera instancia.

TERCERO.- En lo que respecta a los efectos inherentes a la declaración de divorcio que aquí se discuten, en este momento siendo ya la hija mayor de edad nada cabe acordar en relación a patria potestad, guarda y custodia ni relaciones paterno-filiales.



Sobre la pensión alimenticia, admitida la falta de dependencia económica de la hija Angustia y su convivencia con la madre en tanto que el propio progenitor recurrente ofrece una suma por tal concepto aunque lo sea inferior a la decretada en la instancia, deben tenerse en cuenta los parámetros de necesidad y proporcionalidad que al efecto se establecen en los arts. 142,ss CC considerando los criterios interpretativos en orden a la obligación alimenticia debida a los hijos mayores de edad que se encuentren en las circunstancias previstas en el art. 93.2 CC , no asimilables a los de los hijos menores por la presunción de la indispensabilidad de los alimentos debidos a éstos. En este caso, no se estima acorde con los parámetros antes señalados, en atención a la disponibilidad económica de uno y otro litigante, la suma de 150 euros mensuales que se decreta en la instancia, menos aún la de 250 euros que interesa la apelada-impugnante. La situación patrimonial de ambos progenitores en su conjunto se estima similar según la prueba documental aportada, aun con las dificultades que derivan de las respectivas conductas procesales por ocultación parcial de datos económicos objetivamente contrastables. Es de advertir que la finca de que es titular el apelante con carácter privativo lo es en calidad de nudo propietario, de modo que no recibe ningún fruto o rendimiento de ella (que corresponden a la usufructuaria). Y, en cuanto a los ingresos mensuales acreditados por ambos derivados de la actividad laboral que desempeñan, ha quedado acreditada la percepción de la suma de unos 516 euros mensuales el padre y 826,86 euros mensuales reconocidos por la madre (más alguna paga extra). Razones todas por las cuales se considera más ajustado decretar el importe de 100 euros mensuales a cargo del progenitor recurrente mientras subsistan en la hija las circunstancias previstas en el anteriormente citado 93.2 CC en su interpretación doctrinal y jurisprudencial.

Sobre los gastos extraordinarios, la decisión adoptada en la instancia es correcta en cuanto impone la obligación por igual a cargo de ambos progenitores, sin que sea atendible la precisión pretendida por la apelada en lo que se refiere a conceptos que, per se y según ya reiterada jurisprudencia, tienen naturaleza de alimentos ordinarios (gastos de inicio de curso y similares, por ser de educación, art. 142 CC ).

Por último, en lo que se refiere a la atribución del domicilio familiar, atendiendo nuevamente al hecho de que las hijas comunes del matrimonio son mayores de edad, de que no existe ningún derecho de atribución de uso de la vivienda por razón de la guarda de la hija que queda en compañía de la madre y que el único criterio a observar en estos casos es el del interés más necesitado de protección en función del cual el juzgador "podrá" atribuir el uso a uno u otro cónyuge "por el tiempo que prudencialmente se determine" (esto es, no indefinidamente, art.96.3 CC ), entiende este Tribunal que la situación en que quedan ambos litigantes es económicamente similar y que no existe razón alguna para atribuir a ninguno de ellos el domicilio que constituyera hogar familiar. Dado que de facto es la demandante quien ha venido ocupando la vivienda desde la separación del matrimonio y que a ella se otorgó el uso siendo en el momento de interposición de la demanda menor de edad la hija (muy próxima ya entonces a la mayoría), que ya no lo es, se declara extinguido dicho uso desde la fecha del dictado de la presente resolución.

CUARTO.- Se impone en congruencia con lo expuesto la estimación parcial del presente recurso de apelación en el sentido que se dirá en la parte dispositiva de esta resolución, sin imposición de las costas causadas en la alzada por este recurso ( art. 398.2 LEC ) y la desestimación de la impugnación del fallo deducida por la apelada, con imposición en cuanto a ésta de las costas causadas por su tramitación ( art. 398.1 LEC )

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

## FALLAMOS

Que desestimamos la impugnación del fallo deducida por la parte apelada D<sup>a</sup> Lina , con expresa imposición a ésta de las costas causadas por su tramitación.

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. /Dña. Juan Manuel , contra la sentencia de fecha 27 de febrero de 2017, dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer N° 1 de DIRECCION000 , debemos

REVOCAR PARCIALMENTE el fallo apelado en los pronunciamientos relativos a la pensión alimenticia decretada a favor de la hija común Angustia y la atribución del uso del inmueble que constituyó el hogar familiar. En su virtud, se fija la cuantía de la pensión alimenticia en la suma de 100 euros mensuales y se declara extinguida la atribución de uso del que fuera domicilio familiar.

Sin costas en cuanto a la tramitación del recurso de apelación interpuesto.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse de recibo.



Las resoluciones dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales serán impugnables a través de los recursos regulados en los Capítulos IV y V, del Título IV, del Libro II, de la Ley 1/2000, cuando concurren los presupuestos allí exigidos, y previa consignación del depósito a que se refiere la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre que introduce la Disposición Adicional Decimoquinta en la LOPJ, y en su caso la correspondiente tasa judicial.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ