



Roj: **SAP T 1014/2018 - ECLI: ES:APT:2018:1014**

Id Cendoj: **43148370012018100361**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **1**

Fecha: **28/06/2018**

Nº de Recurso: **104/2018**

Nº de Resolución: **358/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ROBERTO NIÑO ESTEBANEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Tarragona. Civil**

Avenida Presid. Lluís Companys, 10 - Tarragona - C.P.: 43005

TEL.: 977920101

FAX: 977920111

EMAIL:aps1.tarragona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 4312342120170016745

**Recurso de apelación 104/2018 -U**

Materia: Recurso contra sentencia

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 4 de DIRECCION000

**Procedimiento de origen: Divorcio contencioso 130/2017**

Parte recurrente/Solicitante: Carolina

Procurador/a: Marta Sole Llopis

Abogado/a: Miquel Angel Martinez Valles

Parte recurrida: Pascual

Procurador/a: Cristina Alfaro Galan

Abogado/a: Guillem Masdeu Bernat

MINISTERIO FISCAL

**SENTENCIA N° 358/2018**

**ILMOS. SRES.**

**Presidente**

D. Antonio Carril Pan

**Magistrados**

D. Manuel Horacio Garcia Rodriguez

D. Roberto Niño Estébanez

En la ciudad de Tarragona, a veintiocho de junio de dos mil dieciocho.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Tarragona ha conocido en la segunda instancia de la jurisdicción civil el **rollo de apelación núm. 104/2018** dimanante del procedimiento de divorcio contencioso núm. 130/2017 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de DIRECCION000 , en el que han intervenido: como



**parte demandante-apelante:** D<sup>a</sup>. Carolina , representada por la Sra. Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Marta Solé Llopis y asistida por el Sr. Letrado D. Miguel Ángel Martínez Vallés; y como **parte demandada-apelada:** D. Pascual , representado por la Sra. Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Cristina Alfaro Galán y asistido por el Sr. Letrado D. Guillem Masdeu Bernat. Ha intervenido del Ministerio Fiscal.

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

**PRIMERO.-** La representación procesal de D<sup>a</sup> Carolina ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia núm. 223/2017, de 5 de octubre, del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de DIRECCION000 , cuyos antecedentes de hecho aceptamos y cuyo fallo es del siguiente tenor literal: " **DECRETO EL DIVORCIO DE D<sup>a</sup>. Carolina Y D. Pascual Y ACUERDO** las medidas de carácter familiar:

1. La patria potestad respecto de las hijas menores comunes, Evangelina y Felicísima , corresponde y se ejercerá por ambos progenitores, conforme a lo dispuesto en el artículo 236 del Código Civil de Cataluña .

2. La guarda y custodia de las hijas menores comunes corresponde a la progenitora, y se establece en favor del progenitor un régimen de visitas consistente en sábados alternos, desde las 17 hasta las 20 horas, en que el progenitor recogerá y acompañará a sus hijas en y al domicilio materno. Además, podrá estar con ellas una tarde intersemanal, que, en defecto de acuerdo entre las partes, será el miércoles, desde las 18 hasta las 20 horas, en que el progenitor recogerá y acompañará a sus hijas en y al domicilio materno. Este régimen se mantendrá todo el año, tanto en periodo lectivo como en vacaciones escolares.

3. Se establece una pensión de alimentos a cargo del progenitor, en favor de sus hijos, de 450 € mensuales, que cubrirá los gastos ordinarios. Dicha pensión se abonará dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta designada por la progenitora, y que se actualizará, cada año, conforme al IPC. Ambos progenitores abonarán por mitad todos los gastos extraordinarios -imprevisibles y necesarios- de sus hijos.

4. Se establece una pensión de alimentos, por un periodo de seis meses, a cargo del demandado, en favor de la actora, de 100 € mensuales, que deberá abonar en la cuenta

designada por la actora.

**SE DESESTIMA** la pretensión de la actora, relativa a la compensación económica por razón de trabajo."

**SEGUNDO.-** Dado traslado del recurso de apelación a las demás partes personadas para que formularan adhesión o se opusieran al mismo, la parte demandada ha comparecido en esta alzada y se ha opuesto expresamente al mismo.

**TERCERO.-** La deliberación, votación y fallo tuvo lugar en fecha de veintiocho de junio de dos mil dieciocho.

**CUARTO.-** En la presente resolución se han empleado las siguientes siglas:

LOPJ, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

CC, Código civil.

LCJIMC, Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

STS, sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

CCC, Código civil de Cataluña.

art., artículo.

Ha sido designado ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Roberto Niño Estébanez, que manifiesta el criterio del Tribunal.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**PRIMERO.-Formulación del recurso de apelación.**

1.- El recurso de apelación consta de un solo motivo, consistente en la errónea valoración del cuadro probatorio en que habría incurrido la sentencia apelada; e impugna de ésta únicamente los pronunciamientos relativos a la compensación económica por razón de trabajo y a la prestación compensatoria. La sentencia apelada deniega la primera y cuantifica la segunda en cien euros mensuales a favor de la apelante durante seis meses.



2.- La parte demandada-apelada, que al no comparecer en la instancia fue declarada en situación de rebeldía procesal civil por diligencia de ordenación de uno de abril de dos mil diecisiete (folio 112), sí ha comparecido en esta alzada y se ha opuesto al recurso de apelación, alegando en su descargo un motivo principal de oposición y otro subsidiario, según es de ver en su escrito de oposición al recurso de apelación.

3.- El Ministerio Fiscal ha presentado escrito en esta alzada, obrante al folio 160 del procedimiento, en el que indica, entre otros extremos, que "(...) se da por notificado (...) sin efectuar alegaciones al respecto (...)".

4.- La Sala acepta los razonamientos de la sentencia apelada sólo en cuanto no contradigan los que aquí serán expuestos.

#### **SEGUNDO.- Decisión de la Sala (I): determinación de la legislación aplicable.**

1.- Si bien ninguno de los litigantes, como tampoco el Ministerio Fiscal, han discutido en esta litis ni la jurisdicción ni la legislación aplicable, habida cuenta que ambas cuestiones son de orden público, y por lo tanto apreciables y analizables de oficio, la Sala considera necesario realizar sobre las mismas ciertas consideraciones preliminares para facilitar la comprensión de nuestro juicio de inferencia; en particular, ha sido el apelado, que no compareció en la instancia, el que pretende introducir *per saltum* en esta alzada, mediante su escrito de oposición al recurso de apelación, una duda sobre la imposibilidad de aplicar en este juicio la institución de la compensación económica por razón de trabajo ( ex art. 232-5 CCC) basada en el hecho de que los litigantes contrajeron matrimonio en el Estado de Marruecos.

2.- A tenor de lo normado por el primer inciso del artículo 9.2 CC -norma de conflicto aplicable-, los efectos del matrimonio se rigen por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo. Es un hecho probado y no controvertido, que se colige de los documentos existentes en el procedimiento, que ambos litigantes eran de **nacionalidad** marroquí al tiempo de contraer matrimonio (11 de agosto de 1.994). Así las cosas, la Sala no puede sino concluir que: (i) compete a la jurisdicción española el conocimiento de la presente litis por ministerio de lo normado por los artículos 9.2 *in fine* y 107.2 CC y el apartado 1º del artículo 3.1.a) 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, por el que se derogó el Reglamento (CE) 1347/2000; (ii) la legislación aplicable para la resolución del presente recurso de apelación es el ordenamiento jurídico español, en su conjunto considerado, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 33.3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que prevé la aplicación del Derecho español cuando las partes no han acreditado la vigencia y el contenido del Derecho extranjero correspondiente. Sobre esta última conclusión debemos matizar que en rigor la legislación aplicable habría sido el Derecho del Estado de Marruecos, pero su aplicación no ha sido invocada ni probada de modo alguno por la parte demandante-apelante ni por el Ministerio Fiscal; y sólo indirectamente ha sido invocada por el demandado-apelado en su escrito de oposición al recurso de apelación, por lo que a esta parte incumbía la carga procesal de probar el contenido y vigencia de la legislación marroquí aplicable al caso presente ( art. 281.2 LEC ). Pero, dado que el demandado no compareció en la instancia, surge otro óbice procesal: no resulta admisible que mediante la sola invocación de Derecho extranjero en un escrito de oposición al recurso de apelación puedan alterarse los términos en que el debate ha sido fijado en la instancia, pues se situaría a la demandante-apelante en una posición procesal de efectiva indefensión. Asimismo, el empleo de los medios de averiguación del Derecho extranjero es una facultad, pero no una obligación del Tribunal. La consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda o del recurso de apelación, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español ex artículo 33.3 LCJIMC Con anterioridad a la entrada en vigor de la LCJIMC así ya lo habían declarado tanto la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (vid. a título ejemplificativo, entre otras muchas: SSTS, Sala 1ª, núm. 287/2015, de 20 de mayo, recurso núm. 724/2013; 11 de mayo de 1.989, 7 de septiembre de 1.990 y 25 de enero de 1.999); y así lo ha cuanto el Tribunal Constitucional ( STC, Sala 2ª, 155/2001, de 2 de julio; BOE 26-7-2001), como exigencia derivada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

3.- A lo expuesto debe anudarse que al tiempo de interponerse la demanda iniciadora de este juicio (25-1-2017) y de la generación de todos los efectos judiciales derivados de la litispendencia ( art. 410 LEC ), ambos litigantes tenían **nacionalidad** española, al igual que sus tres hijos comunes, que además han nacido en España; así como vecindad civil catalana. Por todo ello resulta aplicable en esta litis el Libro II del CCC, aprobado por la Ley autonómica 25/2010, de 29 de julio, en vigor desde el día 1 de enero de 2.011.

#### **TERCERO.- Decisión de la Sala (II): compensación económica por razón de trabajo.**

1.- Ahondando en lo que venimos de exponer, sí resulta aplicable al caso presente la institución legal de la compensación por razón de trabajo, prevista en el artículo 232-5 CCC, pues el Derecho aplicable es el Libro II CCC y a falta de capitulaciones matrimoniales, en la comunidad autónoma de Cataluña el régimen económico-



matrimonial supletorio de primer grado es el de separación de bienes, conforme a lo normado por el artículo 231-10.2 CCC.

2.- La demandante-apelante solicita en su recurso de apelación que se le conceda a tanto alzado una cuantía de 18.000 euros en concepto de compensación económica por razón de trabajo; dicha cifra haría de obtenerse, en la tesis del recurso de apelación, de dividir por mitad el saldo existente en las cuentas bancarias de titularidad exclusiva del apelado. La apelante considera que ha trabajado sustancialmente más para la casa que el apelado, pues de los 23 años que duró el matrimonio (el cese de la convivencia se ubica temporalmente en 2017), y a la vista la información recabada telemáticamente en el expediente, la apelante sólo habría trabajado oficialmente fuera de casa cinco meses, mientras que el apelado lo habría hecho durante 19 años; la apelante se habría dedicado sustancialmente en exclusiva a la crianza y cuidado de los tres hijos comunes del matrimonio, los tres nacidos en España: Bartolomé , nacido el día NUM000 -1995 (folios 18 y 19); Evangelina , nacida el día NUM001 -2000 (folios 20 y 21); y Felicísima , nacida el día NUM002 -2005. Por consiguiente, en el momento actual Bartolomé y Evangelina ya son mayores de edad. Igualmente considera el recurso de apelación que al tiempo de producirse el cese efectivo de la convivencia, el apelado había obtenido un incremento patrimonial superior

2.- La petición de la apelante relativa al reconocimiento de la compensación económica por razón de trabajo no puede tener favorable acogida. La petición de 18.000 euros, hecha a tanto alzado, carece de amparo legal, pues desatiende por completo lo normado por la Disposición adicional tercera del Libro II del CCC, que bajo la rúbrica "Especialidades procesales relativas a pretensiones liquidatorias de régimen económico ejercidas dentro de los procesos matrimoniales", dispone:

1. Para determinar, en el procedimiento matrimonial, la compensación por razón de trabajo, así como la titularidad de los bienes, si es preciso para establecer la procedencia y cuantía de la compensación, deben aplicarse las siguientes reglas:

a) La demanda o, en su caso, la reconvencción debe acompañarse con una propuesta de inventario que incluya los bienes propios y los del otro cónyuge, con la indicación de su valor, y el importe de las obligaciones, así como con la documentación de relevancia patrimonial de que se disponga. A petición de la parte reconviniente, la autoridad judicial puede ampliar motivadamente el plazo de contestación a la demanda en diez días improrrogables, para que la parte reconviniente pueda preparar la propuesta de inventario.

b) Si las partes no han podido tener acceso a información relevante para fundamentar sus pretensiones, antes de la vista pueden solicitar a la autoridad judicial que la obtenga utilizando los medios de que dispone.

2. Para determinar el crédito de participación o para liquidar los regímenes económicos matrimoniales de comunidad, debe seguirse el procedimiento establecido por los artículos 806 a 811 de la Ley del Estado 1/2000, de 7 de enero , de enjuiciamiento civil. También debe aplicarse este procedimiento para dividir los bienes en comunidad ordinaria indivisa en el supuesto a que se refiere el artículo 232-12.2".

Por consiguiente, y aun cuando la interpretación judicial hecha de esta disposición por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, permite una cierta flexibilización en la verificación de su cumplimiento, resulta en todo caso necesario un mínimo material probatorio y unos mínimos elementos de juicio; la apelante debió presentar en primera instancia una propuesta de inventario que permitiera fijar, al menos en términos muy elementales, el conjunto de obligaciones, bienes y derechos patrimoniales de cada cónyuge al tiempo de celebrarse matrimonio y al tiempo del cese efectivo de la convivencia conyugal, o en su defecto haber solicitado el auxilio judicial correspondiente. Sin embargo no disponemos de mínimos elementos de juicio para reconstruir y fijar contradictoriamente el patrimonio inicial y final de cada cónyuge; y el sólo hecho de que consten en el procedimiento cuentas bancarias de las que el apelado sea titular no permite acreditar cuál es el concreto origen de las sumas dinerarias existentes en tales cuentas bancarias. Los documentos existentes en este juicio, a estos efectos, presentados por o a instancia de la apelante en el procedimiento son insuficientes y este defecto procesal no puede ser subsanado en segunda instancia, por lo que la apelante, si a su derecho conviene, habrá de acudir al procedimiento judicial apropiado para la liquidación de su régimen económico-matrimonial.

#### **CUARTO.- Decisión de la Sala (II): prestación compensatoria.**

1.- La sentencia apelada establece, a favor de la apelante, una prestación compensatoria de cien euros mensuales durante seis meses, a contar desde la fecha del dictado de la misma, 5 de octubre de 2017. El recurso de apelación solicita que la prestación compensatoria a favor de la actora sea de 100 euros mensuales hasta el día 9 de noviembre de 2021, fecha en la que la única hija que aún es menor, alcanzará la edad de 16 años.



2.- En el momento actual la prestación compensatoria encuentra su disciplina legal en los artículos 233-14 a 233-19, ambos inclusive, del CCC; y su regulación actual no difiere sustancialmente de la normativa autonómica precedente. A tenor el artículo 233-14.1 CCC, "El cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicada tiene derecho a una prestación compensatoria que no exceda del nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago, teniendo en cuenta el derecho de alimentos de los hijos, que es prioritario. En caso de nulidad del matrimonio, tiene derecho a la prestación compensatoria el cónyuge de buena fe, en las mismas circunstancias". Así las cosas, en este precepto encontramos el presupuesto básico de la prestación compensatoria, sin cuya concurrencia no procede su reconocimiento y que hace inútil e innecesario el análisis de otros aspectos de la prestación compensatoria como su cuantía o duración. A título ejemplificativo, nos enseña la STSJC núm. 18/2009, de 20 de abril, FJ 3º (recurso núm. 127/2008; Roj: STSJ CAT 2180/2009 - ECLI:ES:TSJCAT:2009:2180), "(...) Como ya dijimos en la sentencia de 30 de mayo de 2007, con cita de las de 4 de marzo de 2002, 28 de octubre de 2003 y 19 de enero de 2004, la finalidad de la pensión compensatoria es reequilibradora de forma que pretende compensar al cónyuge perjudicado en aplicación del principio de solidaridad económica existente durante la situación convivencial y, habida cuenta de que los términos comparativos que generan el derecho a la pensión son dos, la situación existente durante el matrimonio y la situación previsible después de la crisis, atendidas las circunstancias personales y profesionales del beneficiario (...)". Dada la naturaleza reparadora y reequilibradora que tiene la prestación compensatoria, su reconocimiento no resultará procedente cuando ambas partes tienen o puedan tener ingresos propios suficientes para continuar manteniendo un nivel de vida similar al que tenía durante la vigencia del matrimonio, aunque exista una notable diferencia entre el patrimonio de los ex cónyuges. El momento inicial del que ha de partirse para constatar si existe o no desequilibrio económico es la situación instaurada en el matrimonio.

3.- La sentencia apelada, para fundamentar su decisión sobre esta cuestión, razona que la ruptura de la convivencia conyugal ha supuesto un perjuicio para la actora dado que la economía familiar se sostenía primordialmente por los ingresos económicos procedentes del trabajo del apelado; y limita temporalmente a 6 meses la duración de la prestación compensatoria al entender que la actora, que en el momento actual cuenta con 42 años de edad (nacida el día 1 de enero de 1.976), puede acceder al mercado laboral y de hecho ya ha accedido al mercado laboral realizando trabajos de limpieza. La Sala comparte en cuanto al fondo este razonamiento y comparte la cuantificación pecuniaria de la prestación compensatoria, fijada en cien euros mensuales. Comparada la situación económica de la apelante durante el matrimonio y la que sobrevino tras el cese de la convivencia conyugal, resulta acertado reparar el desequilibrio económico inicial de la actora en la medida en que la fuente principal de ingresos familiares los aportaba el apelado. Sin embargo, la duración de la prestación compensatoria fijada en la sentencia a quo es insuficiente, habida cuenta la duración del matrimonio (23 años), durante el que las partes tuvieron tres hijos; la falta de cualificación profesional de la apelante y la edad de ésta. Por este motivo debe fijarse una prestación compensatoria a cargo del apelado y a favor de la apelante de cien euros mensuales durante tres años, contados desde la fecha de la sentencia primera instancia.

#### **QUINTO.- Costas procesales y depósito.**

1.- Las costas procesales de esta alzada no se imponen a ninguno de los litigantes, como consecuencia de la estimación parcial del recurso de apelación ( art. 398.1 LEC ).

2.- Se acuerda, por igual motivo, la devolución a la parte apelante de la totalidad del depósito en su caso constituido para interponer el recurso de apelación ( DA 15ª LOPJ ).

#### **III.- FALLO.**

**LA SALA estima** en parte el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Procuradora de los Tribunales Dª. Marta Solé Llopis, en nombre y representación de Dª. Carolina, contra la sentencia núm. 223/2017, de 5 de octubre, del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de DIRECCION000, que revocamos en el sentido de imponer a cargo de D. Pascual y a favor de Dª. Carolina una prestación compensatoria por importe de cien euros mensuales durante tres años, contados desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

Las costas procesales de segunda instancia no se imponen a ninguno de los litigantes.

Se acuerda la devolución a la parte apelante de la totalidad del depósito que en su caso se haya constituido para interponer el recurso de apelación.

Notifíquese la presente sentencia haciéndose saber que la misma no es firme en Derecho y que contra ella pueden ser interpuestos los recursos previstos en el artículo 466 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.



Firme esta resolución, devuélvase el procedimiento al Juzgado de procedencia acompañando certificación de la misma, a los efectos pertinentes.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ