



Roj: **SAP B 433/2018 - ECLI: ES:APB:2018:433**

Id Cendoj: **08019370182018100061**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **08/02/2018**

Nº de Recurso: **732/2017**

Nº de Resolución: **100/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER PEREDA GAMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

N.I.G.: 0801942120168152784

Recurso de apelación 732/2017 - B

Materia: Nulidad de matrimonio 2-3 art.73 CC

Órgano de origen:

Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Barcelona (Familia)

Procedimiento: **Nulidad matrimonial 562/2016**

Parte apelante 1ª: María Inmaculada

Procuradora: Raquel Palou Bernabe

Abogada: Cristina Garcia-Lillo Tatger

Parte apelante 2ª: Pedro Enrique

Procuradora: Silvia Martin Martinez

Abogada: Sara Foraster Pulido

Parte oponente: Ministerio Fiscal

SENTENCIA N. 100/2018

Magistrados:

Francisco Javier Pereda Gámez (Ponente)

Dolors Viñas Maestre

Anna María García Esquiús

Barcelona, 8 de febrero de 2018

Rollo de Apelación n.:732/2017

Objeto del recurso: nulidad matrimonial

Motivo del recurso: error en la valoración de la prueba

ANTECEDENTES DE HECHO

1. RESUMEN DEL PLEITO DE PRIMERA INSTANCIA

El día 25 de julio de 2016 el Ministerio Fiscal presentó demanda en la que solicita que se declare nulo el matrimonio contraído entre los demandados el 17 de febrero de 2011. Relata que la Brigada de Extranjería, al tramitar un permiso de residencia de familiar, apreciaron indicios de matrimonio fraudulento.

La Sra. María Inmaculada contesta. Da cuenta que las actuaciones penales se han sobreesido y sostiene que ha existido convivencia y que el marido quiere ahora perjudicarla.

Contesta también el Sr. Pedro Enrique y dice que hubo medio año de noviazgo y que se casó porque quiso. Quiere el divorcio, pero no acepta simulación de matrimonio y atribuye sus declaraciones divergentes ante la policía a que sufre epilepsia, que le producen bloqueos. Destaca que, con cinco años de arraigo social y laboral, la esposa podía haber pedir la residencia por arraigo, sin necesidad de casarse. Reconviene para pedir el divorcio.

La Sra. María Inmaculada contesta a la reconvenición y no se opone al divorcio.

El Ministerio Fiscal entiende que no cabe oponer reconventionalmente el divorcio a una acción pública de nulidad por simulación, ni es él la parte que debe ser demandada.

La Sentencia recurrida, de fecha 13 de febrero de 2017, entiende acreditado que la única finalidad del matrimonio era facilitar a la demandada la documentación precisa para obtener su residencia en España y rechaza, a la vista de las declaraciones de los policías, que el Sr. Pedro Enrique tuviera alteradas sus facultades cuando declaró. En suma, el juez estima la demanda y declara la nulidad del matrimonio.

2. CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

2.1 La Sra. María Inmaculada sostiene que hay error en la valoración de la prueba y defiende que hubo matrimonio real, no simulado.

2.2 También apela el Sr. Pedro Enrique y también denuncia error en la apreciación de la prueba. Analiza la prueba a su interés.

2.3 El Ministerio Fiscal se opone y defiende la sentencia.

3. TRÁMITES EN LA SALA

El asunto presenta diligencia de reparto de fecha 30 de octubre de 2017. No se ha practicado prueba ni se ha celebrado vista. La deliberación y votación de la Sala ha tenido lugar el día 6 de febrero de 2018. Esta resolución no se ha dictado en el plazo previsto en el art. 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil (LEC), lo que se hace constar a los efectos del art. 211.2 LEC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Como hemos dicho en SAP, Civil sección 18 del 18 de mayo de 2016 (ROJ: SAP B 4932/2016 - ECLI:ES:APB:2016:4932) y hemos repetido en SAP, Civil sección 18 del 09 de diciembre de 2016 (ROJ: SAP B 12654/2016 - ECLI:ES:APB:2016:12654) y SAP, Civil sección 18 del 13 de julio de 2017 (ROJ: **SAP B 7542/2017** - ECLI:ES:APB:2017:7542) "[e]l derecho a contraer matrimonio libremente es un derecho subjetivo de toda persona, español o **extranjero**, recogido en la Constitución española art. 32 CE), en el art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el art. 23.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, en el art. 12 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y en el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

» Este derecho se vulnera si el matrimonio se celebra sin pleno consentimiento (art. 16.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 1 n.º 1 de la Convención relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraerlo y registro de los mismos hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1962), lo que viene referido, fundamentalmente, a los matrimonios forzados, en los que uno o ambos contrayentes no gozan de libertad real para casarse.

» La acción de nulidad que ejercita el Ministerio Fiscal tiene amparo formal en el art. 73.1 C.c., por falta de consentimiento matrimonial, aunque en sentido propio estamos ante la invocación de un fraude de ley (art. 6.4 C.c.), pues los demandados, bajo la capa de la ley que autoriza el matrimonio y de la Ley la que permite adquirir la residencia por razón de vínculo familiar, habrían pretendido un fin distinto, la regularización de la situación administrativa de la demandada en España.



» Como recuerda la Instrucción de 31 de enero de 2006, el artículo 45 C.c . exige no un consentimiento cualquiera, sino precisamente un "consentimiento matrimonial", esto es, un consentimiento dirigido a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de asumir los fines propios y específicos de la unión en matrimonio. El fin práctico de los contrayentes no puede ser otro que el de formar un *consortium omnis vitae* (Modestino, D.23,2,1).

» Por tanto, el consentimiento matrimonial es existente, auténtico y verdadero, cuando los contrayentes persiguen, con dicho enlace, fundar una familia. Aunque el Código Civil español no detalla cuál es la finalidad del matrimonio, sí contiene una "determinación legal" de los "derechos y deberes de los esposos", de modo que es claro que cuando los cónyuges contraen matrimonio deben querer asumir tales derechos y deberes. Por tanto, cuando los contrayentes se unen en matrimonio excluyendo asumir las finalidades, propiedades o efectos esenciales del matrimonio, el consentimiento matrimonial declarado es "simulado" y el matrimonio es nulo por falta de consentimiento matrimonial.

» Para apreciar o no la existencia de simulación los Tribunales pueden tener en cuenta todos los medios admitidos en Derecho, incluso las presunciones, aunque la mencionada Instrucción aporta algunos elementos interesantes de interpretación. Dice que los datos básicos de los que cabe inferir la simulación del consentimiento matrimonial son el desconocimiento por parte de uno o ambos contrayentes de los "datos personales y/o familiares básicos" del otro y la inexistencia de relaciones previas entre los contrayentes, de modo que debe considerarse y presumirse que existe auténtico "consentimiento matrimonial" cuando un contrayente conoce los "datos personales y familiares básicos" del otro contrayente. Conforme al principio general de presunción de la buena fe, debe presumirse que el matrimonio no es simulado y debe autorizarse o inscribirse, según los casos.

» Aclara que el conocimiento de los datos básicos personales de un contrayente por el otro contrayente debe ser un conocimiento del "núcleo conceptual" de dichos datos, sin que sea preciso descender a los detalles más concretos posibles y que el "desconocimiento" debe ser claro, evidente y flagrante. Incluso reconoce que, aun cuando los contrayentes puedan desconocer algunos "datos personales y familiares básicos recíprocos", ello puede resultar insuficiente a fin de alcanzar la conclusión de la existencia de la simulación, si se prueba que los contrayentes han mantenido relaciones antes de la celebración del matrimonio, bien personales, o bien por carta, teléfono o Internet que por su duración e intensidad no permita excluir toda duda sobre la posible simulación. En la misma línea, reconoce que del hecho de que el contrayente **extranjero** resida en España sin la documentación exigida por la legislación de extranjería no se puede inferir, automáticamente, la intención simulatoria, o que los contrayentes no convivan juntos o nunca hayan convivido juntos cuando existan circunstancias que lo impidan, o que tampoco dice nada sobre la intención simulatoria que los contrayentes se hayan conocido pocos meses o semanas antes del enlace.

» Hay que dejar constancias, por último, de que para el éxito de la acción de nulidad deben concurrir de forma sobrevenida a la celebración del matrimonio más datos, datos nuevos que puedan dar luz sobre la simulación (como dice la Instrucción, cabe que "si surgen posteriormente más datos o hechos que hagan dudar de la existencia y autenticidad del consentimiento matrimonial, se inste judicialmente la nulidad del matrimonio, a través del proceso judicial correspondiente (art. 74 Código Civil) por el Ministerio Fiscal, los cónyuges o cualquier persona con interés directo y legítimo"). Es decir, que haber superado el expediente matrimonial y haber celebrado la boda supone un indicio fuerte de la validez del matrimonio que solo puede ser destruido con elementos poderosos aparecidos de forma sobrevenida o que, por haberse mantenido ocultos, han sido descubiertos con posterioridad.

1. LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

Un nuevo estudio de las actuaciones nos lleva a discrepar de la valoración probatoria sostenida en la sentencia apelada:

El informe de la Brigada de Extranjería da cuenta de que la Sra. María Inmaculada , al solicitar la residencia, manifestó que no convivía con su cónyuge y que no quería que apareciera el nombre de éste en el reverso de la tarjeta y que, habiendo visitado al Sr. Pedro Enrique , éste manifestó a la policía que no mantenía ningún tipo de relación con la primera; interrogados por separado en las dependencias policiales, el supuesto esposo dice que nunca llegaron a convivir, que el día de la boda cada cual se fue a su casa; y añade el atestado que el Sr. Pedro Enrique no es capaz de recordar el nombre completo de ella (de hecho, los apellidos);

La declaración del Sr. Pedro Enrique ante la policía no permite apreciar, de forma incontrovertible, falta de consentimiento matrimonial: dice haber conocido a la codemandada en Via Julia y haber quedado con ella en varias ocasiones, haber sido él quien propuso matrimonio en la esperanza de consolidar una relación sentimental; da detalles concretos de la relación, de su deseo de favorecer la regularización de los papeles



de ella y de las gestiones para conseguir que un sobrino ahijado, con el que acabó por no avenirse, viniera a España;

Ciertamente, el alegado de defensa conforme al cual, por la epilepsia que sufre, el declarante no dijo realmente lo que pasó no parece de recibo, pero tampoco parece que, para desvirtuar la alegación de afectación psicológica en el momento de declarar ante la policía, se pueda valorar, como hace la sentencia de instancia, la declaración de los agentes que intervinieron (más viene parece propia una pericial médica), menos en los términos absolutos por los que pregunta el Fiscal y contesta la agente policial, de vahído o pérdida de conciencia);

Además, el primer agente declaró que no instruyó el atestado, ni atendió a los implicados y la agente n. NUM000 declaró que no percibió ninguna situación de enfermedad o vahído o que estuviera en mal estado; en suma es descartable que la epilepsia que sufre el Sr. Pedro Enrique , aún a la vista de los informes médicos acompañados con la contestación, del episodio en el primer momento del juicio y de sus lapsus en la declaración, haya afectado a su capacidad a la hora de declarar ante la policía;

Pero lo fundamental es que, vista su declaración y el resto de pruebas puede deducirse con claridad que la declaración pudo estar interferida por el deseo del Sr. Pedro Enrique de causar daño a la demandada, como expone ésta en su contestación: de hecho, en el Sr. Pedro Enrique en su contestación bien podría haber mantenido sus declaraciones y no lo hace (aunque, por otro lado, pida el divorcio) y conforme a las reglas del criterio humano (art. 386 LEC) es razonable deducir, del hecho de que la convivencia fracasó, la consecuencia de que el marido quisiera perjudicar a su mujer;

Por otra parte, el matrimonio se celebra el año 2011 y la petición de regularización que ahora ha destapado la supuesta simulación de matrimonio es de 2016; la Sra. María Inmaculada admite en su interrogatorio que al mes siguiente de contraer matrimonio pidió la regularización y el agente de policía n. NUM001 dice que puede ser que se tratase de una renovación, en cuyo caso sólo tenía que acreditar que el vínculo se mantenía, pero se dieron cuenta de que no había existido matrimonio; Es decir, la propia policía dio por bueno que había matrimonio el año 2011 y ahora, con base en que la esposa no quiere que figure el marido en la tarjeta (lo que bien hubiera podido suponer la denegación de la residencia por falta de prueba de mantenimiento del vínculo se niega la existencia de matrimonio válido;

El Sr. Pedro Enrique declara en juicio que conocía a la demandada desde hacía seis o siete meses de antes de casarse y que se enamoró de ella, la veía todos los días; fue él quien le pidió casarse; se casaron y después de un tiempo pasaron a vivir juntos; ella no cumplió su deseo de que no viniera nadie a vivir con ellos (pasaron a ser cuatro) y él volvió con su madre; luego volvió a convivir tres meses, pero lo dejaron; da detalles precisos de la convivencia y de los conflictos que surgieron;

Declara también la Sra. María Inmaculada (respecto a la que no se adoptó prevención de que se ausentara de la sala durante la declaración del marido) y coincide en los hechos, precisa detalles coherentes (dice que después de la boda durmieron juntos y estaban las tardes juntos en su habitación, pero él se iba a dormir a casa de su madre; afirma que llegó a España en 2008 y no tenía permiso de residencia y que lo tramitó un mes después de casarse con el Sr. Pedro Enrique ; sostiene que no se casó con él por los papeles, que le quería de verdad; explica que la señora con la que trabajaba no le podía regularizar); confirma que fueron novios seis meses, que él le pidió casarse; que él se enfadó porque su hermana y sobrino vinieron a vivir con ellos;

Durante más de cinco años (abril de 2010 a mayo de 2015) ambos estuvieron empadronados juntos en la misma finca: primero DIRECCION000 , NUM002 , NUM003 , NUM004 y luego en la CALLE000 , n. NUM005 , NUM006 , NUM004 ;

En enero de 2012 el esposo, como tomador, suscribe una ampliación de seguro de asistencia familiar para incluir a la codemandada en la cobertura;

Consta en autos una foto de asistencia de ambos codemandados a una boda de un familiar, y la esposa confirma que eran novios todavía.

En suma, no cabe negar que la regularización en España fuera uno de los motivos por los que el matrimonio se celebró, pero no hay prueba suficiente de que fuera la exclusiva causa, al menos por parte del marido, ni que el propósito de contraerlo fuera espurio. Los detalles coincidentes de las declaraciones, tanto ante la policía como ante el Juzgado permiten deducir que los contrayentes se conocían y desearon de forma cierta contraer matrimonio. No hay prueba de que no quisieran fundar una familia, ni asumir los derechos y deberes propios de la unión matrimonial.

Hay un conocimiento suficiente por parte de ambos de los datos personales y familiares básicos, del "núcleo conceptual" de dichos datos (no es óbice no recordar, en un determinado momento, los apellidos, no comunes,



cuando se sufre epilepsia y se es persona de edad) y no consta "desconocimiento" claro, evidente o flagrante. Hay prueba suficiente y no negada de relaciones previas, de noviazgo, y debe primar la presunción de consentimiento, conforme al principio general de presunción de la buena fe, que no sido destruida por prueba en contrario.

Después de casados estuvieron juntos, se empadronaron en dos casas y realizaron gestiones propias de la convivencia en común, aunque rompieran diversas veces y se reconciliaran otras.

3. LA DEMANDA RECONVENCIONAL

El art. 81, 2 C.c. solo legitima para el ejercicio de la acción de divorcio o separación a cualquiera de los cónyuges y son éstos los únicos que pueden reconvenir (art. 770, 2ª LEC), incluso reclamando la nulidad. Pero no es posible el cauce inverso: la legitimación para pedir la nulidad corresponde a los cónyuges, a cualquier persona con interés legítimo y al Ministerio Fiscal (art. 74 C.c.) y si es alguno de estos últimos quien acciona, la parte demandada viene configurada por ambos cónyuges, que no pueden pleitear entre sí por vía reconvencional, alternado el principio de dualidad y contradicción de partes .

Sería triangular el proceso admitir la demanda reconvencional, lo que supondría convertir en parte demandada reconvencional al Ministerio Fiscal, cuando no está legitimado para el ejercicio de la acción de divorcio. Se reservan las acciones.

2. LAS COSTAS

Las costas de instancia y del recurso no deben imponerse, de conformidad con los arts. 398.1 y 394 de la LEC .

FALLO

Estimamos el recurso de apelación y revocamos la sentencia de instancia.

Desestimamos la demanda, sin pronunciamiento sobre costas de instancia.

No nos pronunciamos sobre las costas del recurso.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 de la 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. Los recursos deben ser interpuestos ante esta Sección en el plazo de veinte días.

Al haberse estimado el recurso hágase devolución del depósito constituido, en su caso (V. disp. 15ª L.O. 1/2009).

Una vez se haya notificado esta sentencia, los autos se devolverán al Juzgado de instancia, con testimonio de la misma, para cumplimiento.

Así lo pronunciamos y firmamos.