



Roj: **SAP B 680/2018 - ECLI:ES:APB:2018:680**

Id Cendoj: **08019370122018100202**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **06/02/2018**

Nº de Recurso: **787/2017**

Nº de Resolución: **158/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA ISABEL TOMAS GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

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

TEL.: 938294443

FAX: 938294450

EMAIL:aps12.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120158214079

**Recurso de apelación 787/2017 -B2**

Materia: Proceso especial contencioso divorcio

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Barcelona (Familia)**

**Procedimiento de origen: Divorcio contencioso 874/2015**

Parte recurrente/Solicitante: Ofelia

Procurador/a: Jorge Rodriguez Simon

Abogado/a: ROSA FUENTES ALMANSA

Parte recurrida: Segismundo

Procurador/a: Carolina

Abogado/a: Diego A. Sandoval Granados

**SENTENCIA N° 158/2018**

D. JUAN MIGUEL JIMENEZ DE PARGA GASTÓN

D. JOSÉ PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ

DÑA. M<sup>a</sup> ISABEL TOMAS GARCÍA (Ponente)

En Barcelona, a seis de febrero de 2018

La Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona formada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba identificados ha visto en grado de apelación los autos de divorcio nº **874/2015** seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº17 Barcelona por demanda de Dña. Ofelia representada por el Procurador D. Jorge Rodríguez Simón, asistida por la Abogada Dña. Rosa Fuentes Almansa y dirigidos contra D. Segismundo representado por la Procuradora Dña. Carolina, asistido por el Abogado D. Diego A. Sandoval Granados y que penden ante nosotros en virtud del recurso interpuesto por la actora y la impugnación de la demandada contra la Sentencia dictada en fecha 16/3/2017 y pronuncia la presente resolución en base a los siguientes,



## ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- RESOLUCIÓN RECURRIDA. En el procedimiento tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Barcelona recayó Sentencia el día 16/3/2017 cuya parte dispositiva establece textualmente lo siguiente: " Se estima en parte la demanda formulada por Ofelia representada por el Procurador Jorge Rodríguez Simón contra Segismundo , representado por la Procuradora Carolina y se declara el divorcio de matrimonio contraído por Carolina y Segismundo en fecha 16 de agosto de 2010 en Marruecos, con todos los efectos legales inherentes a esta declaración. No se condena a ninguna de las partes al pago de las costas generadas en este procedimiento".

Segundo.- LAS PARTES EN EL RECURSO. Contra dicha resolución la actora interpuso recurso de apelación al que se opusieron las interpeladas en el traslado conferido al efecto. A continuación las partes fueron emplazadas ante la Superioridad y todas ellas comparecieron en tiempo y forma.

Tercero.- TRAMITACIÓN EN LA SALA. El día 31/1/2018 tuvo lugar la sesión de deliberación, votación y fallo.

Cuarto.- CUMPLIMIENTO DE LOS TRÁMITES. En la tramitación de la segunda instancia jurisdiccional se han observado todas las prevenciones legales en vigor a excepción del plazo global de duración debido al cúmulo de asuntos que penden ante esta Sección.

Expresa la decisión del Tribunal, la Magistrada Dña. M<sup>a</sup> ISABEL TOMAS GARCÍA que actúa como ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - Ante todo , y con el fin de guardar un orden lógico procesal deberemos señalar que la sentencia de primer grado contiene un error material que subsanamos en esta resolución . Así en la misma se decreta el divorcio de Carolina , que es la procuradora y el SR. Segismundo cuando debería decir el divorcio del matrimonio contraído por Dña. Ofelia y D. Segismundo .

En segundo lugar hay que indicar que aunque los Sres, Segismundo - Ofelia tienen un hijo en común menor de edad, Bernabe , nacido en DIRECCION000 el NUM000 /2013, nada se solicitó en los escritos alegatorios principales de las partes y nada se acuerda respecto del mismo en la sentencia de primer grado apelada toda vez que tanto la potestad parental, la guarda y los alimentos de dicho menor fueron objeto de regulación en procedimiento previo, Autos nº 314/14 seguidos ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 17 de Barcelona , en los que recayó sentencia nº579/2015 de 22 de octubre de 2015 .

A partir de aquí podemos entrar en el examen de los escritos de apelación e impugnación contra la sentencia de 16/3/2017 .

En primer lugar entraremos a analizar la impugnación formulada por el Sr. Segismundo relativa a la improcedencia de la declaración de divorcio al entender que hay cosa juzgada por haberse decretado el divorcio de las partes ante un Tribunal marroquí, para después, en caso de confirmarse el pronunciamiento de divorcio entrar en sus efectos y por tanto en la apelación formulada por la Sra. Ofelia relativa a la procedencia de la pensión compensatoria.

**SEGUNDO.-Impugnación formulada por el Sr. Segismundo sobre la improcedencia de la declaración de divorcio.**

La sentencia de primera instancia, tiene en cuenta:

1º que los litigantes obtuvieron la disolución del vínculo matrimonial ante los tribunales de Marruecos y que el mismo devino firme tal como se desprende de la documentación aportada- sentencia del Tribunal de 1ª Instancia de DIRECCION001 , juzgado de familia, de 13/07/2016 (folios 75 y76 ) y acta de anotación de sentencia de divorcio firme de 5/8/2016 (folio 74) y

2º que dicha sentencia dictada no puede ser reconocida en España de acuerdo con la normativa aplicable al reconocimiento de resoluciones, Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el reino de España y el reino de Marruecos de 30/5/1997. Como correctamente indica la sentencia de primer grado no se cumple el requisito del punto 5 del artículo 23 de dicho convenio que exige " Que no se encontrase pendiente ningún proceso entre las mismas partes y por el mismo objeto ante algún órgano jurisdiccional del Estado requerido antes de iniciarse la acción ante el tribunal que haya dictado la resolución que deba ejecutarse".

En el presente caso cuando se inicia el procedimiento ante el juzgado de familia de DIRECCION001 ya estaba en trámite el presente procedimiento de divorcio ante el Juzgado de 1ª Instancia de Barcelona.



El impugnante alega no ser conocedor de la existencia del previo procedimiento de divorcio en España cuando se instó el de Marruecos, pero el convenio citado no distingue esta circunstancia, ya que únicamente se refiere al elemento objetivo de la litispendencia y no al elemento subjetivo del conocimiento.

No pudiendo por tanto ser reconocida la sentencia marroquí, de acuerdo con las normas de competencia (Reglamento UE **2201/2003**) siendo ambos residentes en España era obligado entrar a examinar la procedencia de la declaración de divorcio. Acertadamente la sentencia tiene en cuenta el Reglamento Roma III (Reglamento UE 20/12/2010) a la hora de aplicar la legislación española en materia de causas de divorcio y estima la demanda en este punto rechazando la alegación de cosa juzgada formulada por el Sr. Segismundo . De esta forma los litigantes tienen ya disuelto el vínculo matrimonial también en España.

A mayor abundamiento hay que indicar que en el debate que se planteó en la vista del juicio (22/2/17) el letrado del impugnante se conformó con la declaración de divorcio al decir : " es igual, que declaren aquí el divorcio" ( min. 45:07) y la magistrada ante esa manifestación dijo: "Para todos va a ser mas sencillo declarar el divorcio". Ni el impugnante ni la impugnada formularon protesta.

En atención a todo lo anterior la impugnación debe desestimarse.

### **TERCERO.- Recurso de apelación formulado por Dña. Ofelia :**

Solicita la apelante se acuerde en la alzada una prestación compensatoria a su favor. La sentencia de primer grado ha desestimado la misma dado que no se había formulado petición alguna por este concepto ya que en el suplico de la demanda únicamente se contenía una petición de alimentos que no tienen cabida tras la disolución del vínculo matrimonial.

La apelante indica en su recurso que fue un error por la rapidez en redactar la demanda, que se equivocó en el redactado del suplico y que unos párrafos mas abajo al hablar de las cautelares si pone la expresión pensión compensatoria.

Para resolver esta cuestión hay que tener en cuenta:

1º Que el error debió subsanarse antes de la vista con el fin de no crear indefensión en la parte contraria y no se hizo. En el juicio la magistrada ofreció la oportunidad en diferentes ocasiones a la apelante para hacerlo con resultado negativo. Así, la magistrada indica al inicio de la vista (min. 0:54 de la grabación): "se solicitan dos medidas, ¿una pensión de alimentos para ella señora letrada?" asintiendo la letrada con la cabeza y continua la magistrada "y un reparto de bienes del matrimonio a lo cual se opone el demandado." La letrada de la parte apelante no corrige su petición.

Al min 1:49 de la grabación, nuevamente la magistrada pregunta a la letrada demandante si se mantienen en todas esas peticiones a lo que la letrada contesta "sí", e insiste la magistrada " ¿Se mantiene Sra. letrada?" asintiendo la letrada con la cabeza dos veces.

Al minuto 46:10 la magistrada dice que solo se puede declarar el divorcio y que los alimentos no tienen cabida en el divorcio. La abogada de la hoy apelante no efectúa protesta, ni realiza ninguna manifestación al respecto, por lo que en base a lo dispuesto en el art. 207, apartados 2 , 3 y 4 de la LECivil habría adquirido firmeza, estuviera equivocada o no, pues se trata de una materia plenamente dispositiva para las partes sujeta por tanto al principio de rogación arts 19 y 216 LECvil .

Considera la Sala que tuvo oportunidad la parte de subsanar el error del suplico y no lo realizó hasta tiempo después de celebrada la vista y practicada la totalidad de la prueba. Solamente cuando el juzgado ante la renuncia efectuada al procedimiento de divorcio en España contenido en escrito obrante al folio 145 requiere a la demandante para que aclare si desiste, es entonces cuando indica que no desiste y que solicita pensión compensatoria (folio 149) en un tramite evidentemente extemporáneo ( art 136 LEC y 411, 1 LEC )

Añadir además que alguna forma, la finalidad perseguida mediante la petición que ahora se deniega, ya se encuentra colmada a favor de la solicitante por un tribunal marroquí teniendo en cuenta la correspondencia de instituciones entre "la mut'a" del art. 84 de la Mudawana y la prestación compensatoria del art 233- 14 del código civil de Cataluña . La sentencia del Tribunal de DIRECCION001 al examinar los efectos del divorcio conforme a los arts, 83 - 85 del código de familia marroquí fija a cargo el Sr. Segismundo y a favor de la esposa el abono de la cuantía de 60.000 dirhams (talaq) y 3.000 dirhams por los gastos de alojamiento (idda), que son aproximadamente 5.900 euros, y ello de acuerdo con las previsiones establecidas en el art. 84 del Código de familia Marroquí (Mudawana); se han tenido en cuenta la parte de responsabilidad de los cónyuges en el motivo de la separación, la capacidad económica del marido, la pensión del hijo y la dote de la esposa tal como consta en la fundamentación de la sentencia aportada.

Por todo ello procede la desestimación del recurso de apelación.



CUARTO.- La desestimación tanto del recurso como de la impugnación unida a la inexistencia de serias dudas fácticas o jurídicas comporta la respectiva imposición de costas a cada uno de los que las formularon ( arts. 398,1 y 394,1 de la Ley de Enjuiciamiento civil )

En atención a lo expuesto

## FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS en su integridad el recurso de apelación formulado por Dña. Ofelia y en la misma forma DESESTIMAMOS la impugnación formulada por D. Segismundo contra la sentencia de 16/3/2017 dictada por el Juzgado de 1ª instancia nº 17 de Barcelona en los autos de divorcio 874/2015-2 y confirmamos dicha resolución sin perjuicio de constatar un error en su parte dispositiva que **rectificamos** de oficio. Así donde dice "se declara el divorcio del matrimonio contraído por Carolina y Segismundo " debe decir "se declara el divorcio del matrimonio contraído por Ofelia y Segismundo "

-Imponemos las costas generadas por el recurso de apelación a la apelante y las generadas por la impugnación al impugnante.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma informándoles que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno; únicamente 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, devuélvanse 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.