



Roj: **SAP B 7026/2018 - ECLI:ES:APB:2018:7026**

Id Cendoj: **08019370182018100454**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **05/07/2018**

Nº de Recurso: **1352/2017**

Nº de Resolución: **495/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA JOSE PEREZ TORMO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 7026/2018,**
AAAP B 11670/2018

Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

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

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120080034740

Recurso de apelación 1352/2017 -B

Materia: Modificación medidas separación o divorcio

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Modificación medidas supuesto contencioso 199/2015

Parte recurrente/Solicitante: Esmeralda

Procurador/a: Josefa Manzanares Corominas

Abogado/a: Margarita Ramon Valentí

Parte recurrida: Ángel Jesús

Procurador/a: Carlos Paloma Marin

Abogado/a: Núria Burguès Castells

SENTENCIA N° 495/2018

Magistradas:

D^a M^a José Pérez Tormo (ponente)

D^a Ana M^a García Esquiús

D^a Dolors Viñas Maestre

Barcelona, 5 de julio de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO



Primero . En fecha 14 de noviembre de 2017 se han recibido los autos de Modificación medidas supuesto contencioso 199/2015 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Barcelona (Familia) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Josefa Manzanares Corominas, en nombre y representación de Esmeralda contra la Sentencia de fecha 30/06/2017 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a Carlos Paloma Marin, en nombre y representación de Ángel Jesús .

Segundo . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por D. Ángel Jesús , representado por el Procurador D. Carlos Paloma Marín, contra D^a. Esmeralda , representada por la Procuradora D^a. Josefa Manzanares Coromina, y desestimando íntegramente la demanda reconventional interpuesta por D^a. Esmeralda contra D. Ángel Jesús , debo declarar y declaro extinguida la obligación de pago de alimentos en favor del hijo común Calixto , con efectos desde el 1 de Febrero de 2.015, así como la extinción de la atribución del uso de la vivienda que fue familiar, sita en la C/ DIRECCION000 , n.º NUM000 , NUM000 NUM001 , de Barcelona, en favor de D^a. Esmeralda , condenándola a entregar al demandante la vivienda libre, vacua y expedita, en el plazo de un mes a contar desde la firmeza de la presente, así como la posesión de las plazas de aparcamiento aparejadas a la vivienda, declarando que el régimen económico vigente durante el matrimonio de las hoy partes fue el de separación de bienes.

Y todo ello con expresa condena al pago de las costas de esta instancia a D^a. Esmeralda ."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 03/07/2018.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada M^a José Pérez Tormo .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Recurre la Sra. Esmeralda la sentencia de primera instancia que ha estimado la demanda de modificación de efectos de la anterior sentencia de esta Sala de fecha 21-7-2009 , y entre otros pronunciamientos ha declarado que el régimen económico matrimonial que regía constante matrimonio entre las partes era el de separación de bienes, con las consecuencias económicas derivadas de tal declaración en los bienes de las partes y ha impuesto las costas de la primera instancia a la hoy recurrente.

Solicita la Sra. Esmeralda que se declare que el régimen económico matrimonial bajo el que contrajeron matrimonio las partes era el consorcial previsto en el régimen foral de Aragón pues ambas partes tenían tal vecindad civil cuando el 26-5-1985 contrajeron matrimonio, ya que el Sr. Ángel Jesús no llevaba 10 años residiendo en la Comunidad Autónoma de Cataluña, con las consecuencias legales previstas en los arts 37 de la Compilación aragonesa vigente en el momento del matrimonio, de manera que son comunes los bienes inmuebles adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges, y conforme al art.40 del mismo Texto Legal, que presume la comunidad de los bienes cuyo carácter privativo no se pueda justificar. Se alza asimismo, la recurrente contra la imposición de costas de la sentencia recurrida.

El Sr. Ángel Jesús sostiene que vivía en Cataluña desde antes de adquirir la mayoría de edad, por lo que cuando contrajo matrimonio en 1985, ya llevaba más de diez años viviendo en Cataluña por lo que había adquirido la vecindad civil catalana, y tal como acuerda la sentencia recurrida, el régimen económico matrimonial se fijó, conforme a lo previsto en el art. 9,2 del Código Civil , por el primer domicilio común de las partes, que fue en Barcelona, extremo que había reconocido la hoy recurrente. Por ello, solicita la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO .- El estudio de la legislación aplicable que ha efectuado el Juzgador de 1^a Instancia es correcto y a él nos remitidos para evitar repeticiones inútiles.

En esencia, y ese es el objeto de la actividad probatoria que debe examinarse, debe dilucidarse si desde el 26-5-1975 hasta la fecha que las partes contrajeron matrimonio (26-5-1985), el Sr. Ángel Jesús ha vivido en Cataluña, pues en ese caso el actor habría adquirido la vecindad civil catalana, ex art 14, 2º Código Civil que establece el plazo de 10 años para adquirir la vecindad civil, sin declaración en contrario, mientras que la Sra. Esmeralda mantenía su vecindad aragonesa, cosa que nadie discute; y la sentencia recurrida tendría razón al aplicar el art. 9,2 del Código Civil que establece que a falta de ley personal común rige la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, que fue sin duda, Barcelona, lo que



determinaría que el régimen económico matrimonial que rigió constante matrimonio fue el de separación de bienes.

Por el contrario, si el Sr. Ángel Jesús mantuvo su vecindad civil aragonesa, Comunidad Autónoma de la que era originario al igual que la Sra. Esmeralda y donde contrajeron matrimonio, las partes ostentarían la vecindad civil aragonesa común y el régimen económico matrimonial sería el previsto en la legislación vigente en el momento de contraer matrimonio: Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación de Derecho Civil de Aragón.

TERCERO. - Considera esta Sala que el Juzgador de primera instancia ha errado en la valoración de la prueba practicada, pues consideramos acreditado que el Sr. Ángel Jesús no ha vivido de forma ininterrumpida en Cataluña desde 1975.

De la prueba documental aportada a las actuaciones consta acreditado que el actor trabajó en el Banco de Huesca, sucursal sita en Fraga (Huesca) desde el 2-5-70 al 31-8-1976 y del 1-9-1976 al 18-4-1977. Si tenemos que considerar el período de diez años anteriores a la celebración del matrimonio en 1985, por tanto, desde 1975, es evidente que en esa época el actor está trabajando en Fraga (Huesca), y aun dando credibilidad a las manifestaciones efectuadas por dos amigos del Sr. Ángel Jesús, según constan en sendas Actas Notariales en las que afirman que desde octubre 1972 a junio 1974 el actor vivió en Lérida con ellos, mientras estudiaba la carrera de Derecho, se trataría en su caso, de un "piso de estudiante", con la provisionalidad que ello implica, conforme a constante criterio jurisprudencia de los tribunales de familia que consideran que en estos casos el estudiante mantiene su residencia en la vivienda de sus progenitores y ello legitima al progenitor conviviente en caso de divorcio, para reclamar las pensiones alimenticias al progenitor obligado a su pago.

A mayor abundamiento, los amigos del actor que hacen las manifestaciones de convivencia en piso de estudiante con el actor, según consta en las Actas Notariales obrantes en autos, no solo debemos tener en cuenta la amistad que les une al Sr. Ángel Jesús, a los efectos previstos en el art. 367 LEC, sino también el hecho de que no se han ratificado en el acto del juicio, soslayando así la posibilidad de hacer repreguntas a la parte contraria, obviado la necesaria contradicción de dicha prueba. Los testigos deben declarar en base a los principios de inmediación y contradicción para poder ser tenidos en cuenta sus manifestaciones y no deben aportar únicamente las manifestaciones interesadas y sesgadas que interesen solo a una parte en un acta notarial preparada al efecto que ningún valor puede tener.

Debe, además, recordarse que conforme reiterada jurisprudencia, sentencias de 4-11-18 Sección 4ª Audiencia Provincial de Barcelona, entre otras aportadas por el propio Sr. Ángel Jesús, para la adquisición de la vecindad civil el elemento determinante es el de la "residencia habitual" que es aquel que corresponde a "la residencia permanente e intencionada en un precisado lugar debiendo tenerse en cuenta la efectiva vivencia y habitualidad, con raíces familiares y económicas".

Es evidente que un "piso de estudiante" que puede variar cada año no es determinante para identificar la residencia habitual del Sr. Ángel Jesús, y a diferencia de la entidad de esta prueba nos encontramos con que el actor estaba trabajando, se supone que, a diario en una entidad bancaria en Fraga (Huesca), hasta 1977. Sostiene el Sr. Calixto que estudiaba en Lérida la carrera de Derecho y vivía en esta ciudad, y por las mañanas trabajaba en el Banco de Huesca en Fraga (Huesca), mientras que la Sra. Esmeralda afirma que mientras el actor trabajaba en Fraga vivía en el domicilio de sus padres en Zaidín (Huesca), siendo esta última versión más verosímil dada la distancia que separa Fraga de Zaidín que son 13 km, mientras que dista 122'5 km Fraga de Lérida, larga distancia para cubrir dos veces al día para ir a trabajar.

A ello debe añadirse que el Sr. Calixto estuvo empadronado en el domicilio de sus padres en Zaidín (Huesca), desde 1950, fecha de su nacimiento, renovando tal inscripción en 1950, 55, 60, 65, 75, 81 y 86, según certificado del padrón obrante al folio 576 de las actuaciones.

Cierto es que conforme a reiterada jurisprudencia alegada por el Sr. Ángel Jesús en su oposición al recurso de apelación, el padrón de habitantes no hace prueba plena de la residencia efectiva de una persona a efectos civiles, pero demuestran su intención de mantener su estabilidad residencial en este caso, en la vivienda de sus padres de Zaidín, ya que los domicilios que ocupó como estudiante no pueden considerarse estables.

Puede ser cierto que a partir de 5º curso de la carrera universitaria de Derecho el Sr. Calixto se instalara en Barcelona, y en este caso si queda acreditado que lo hiciera de forma permanente pues desde entonces vive en esta ciudad, pero este hecho nos sitúa en el año 1977, siete u ocho años antes de contraer matrimonio, y no los diez años necesarios para adquirir la vecindad civil catalana, pues el Sr. Calixto acredita que los cuatro primeros cursos de Derecho los hizo en Lérida y no es hasta el curso 1977-78 cuando cursa el 5º curso en Barcelona, según consta en el carnet de la Facultad de Derecho de Barcelona obrante al folio 536 de las actuaciones.



Posteriormente, en 1980, una vez terminada la carrera de Derecho, se colegia en el Colegio de Abogados de Barcelona (f. 346) y se da de alta en la Mutua del Colegio en el mismo año 1980 (f. 349), cinco años de contraer matrimonio, no acreditando pues, este dato, los necesarios 10 años para adquirir la vecindad civil catalana.

No es cierto como afirma la representación del Sr. Calixto , que la Sra. Esmeralda reconociera en su interrogatorio que el actor vivía en Cataluña desde 1965. La pregunta que se le hizo en el interrogatorio en la Vista celebrada en primera instancia no fue clara como exige el art. 302 LEC , pues contenía dos o más cuestiones en una sola. Se preguntó a la actora reconvenida si el Sr. Ángel Jesús le había explicado el desarrollo de su vida y si sabía que llevaba 20 años viviendo en Barcelona desde 1965, a lo que respondió que le había explicado los trabajos anteriores a la profesión que ejercía durante el noviazgo y cuando contrajeron matrimonio, que era la de Abogado, pero añadió a continuación que ella no sabía si él llevaba 20 años, 5 o 6 años en Cataluña.

En cuanto al argumento de la parte actora sobre la veracidad de las manifestaciones que constan en las Actas notariales de compra venta de diversos bienes inmuebles o poderes de la Sra. Esmeralda a favor del Sr. Ángel Jesús relativas al régimen de separación de bienes de las partes, es reiterada la jurisprudencia que sostiene que tales manifestaciones ante notario no constituye una prueba de la veracidad de los hechos jurídicos contenidos en ellas sino únicamente de que efectivamente se han efectuado las manifestaciones y su fecha.

La documentación aportada por el Sr. Ángel Jesús tampoco acredita que desde 1975 viviera en Cataluña. Aporta el actor su título de maestro de 1969, y acreditación de haber trabajado en la Escuela Mosen Cinto Verdaguer de Lérida en el curso 1964-65, libretas bancarias con movimientos desde 1969 (f. 325), otras libretas bancarias con movimientos desde 1982 y 1984 (f. 351 y 367ss), su pasaporte de 1980 (f.357), cartas de su primo y de la Sra. Esmeralda de 1984, carnet sanitario de 1999 que precisamente indica su domicilio en la localidad de Zaidín (Huesca); certificado de la Generalitat de Cataluña que indica que ha trabajado como maestro en Lérida desde el 4-2-1969 al 31-8-1969, períodos que no acreditan los necesarios 10 años anteriores a la fecha que contrajeron las partes su matrimonio para acreditar que el actor había adquirido la vecindad civil de Cataluña.

Debe por todo ello, estimarse el recurso planteado y declarar que el régimen económico matrimonial que regía constante matrimonio entre las partes era el previsto en la legislación vigente en el momento de contraer matrimonio: Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación de Derecho Civil de Aragón, con las debidas consecuencias en cuanto a los bienes de las partes.

CUARTO .- En cuanto al recurso contra la imposición de costas de la primera instancia procedimental dado que en esta alzada se está revocando el pronunciamiento declarativo del régimen económico matrimonial que regía constante matrimonio de las partes, de conformidad al art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe dejarse sin efecto la imposición de las costas causadas en la instancia procedimental, estimando el recurso en cuanto a este extremo.

QUINTO .- Conforme al Art. 398 de la LEC no se hace expresa imposición de costas de esta alzada procedimental, dada la estimación del recurso planteado.

FALLAMOS

Estimando el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Esmeralda contra la sentencia de fecha treinta de junio de dos mil diecisiete, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Barcelona , debemos revocar y revocamos dicha resolución en lo que se refiere al régimen económico matrimonial que regía constante matrimonio que declaramos que era el previsto en la legislación vigente en el momento de contraer matrimonio: Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación de Derecho Civil de Aragón, con las debidas consecuencias legales en cuanto a los bienes de las partes.

Se deja sin efecto la imposición de costas de la primera instancia procedimental a la recurrente y no se hace expreso pronunciamiento de las costas causadas en el presente recurso.

Contra esta sentencia 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.

Lo acordamos y firmamos.

Las Magistradas :