



Roj: **SAP B 7603/2018 - ECLI:ES:APB:2018:7603**

Id Cendoj: **08019370182018100505**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **12/09/2018**

Nº de Recurso: **7/2018**

Nº de Resolución: **580/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DOLORES VIÑAS MAESTRE**

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

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801542120168157108

Recurso de apelación 7/2018 -J

Materia: Proceso especial contencioso divorcio

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Badalona

Procedimiento de origen: Divorcio contencioso 1217/2016

Parte recurrente/Solicitante: Rafaela

Procurador/a: Ana De Orovio Jorcano

Abogado/a: Elisabet Mayans Lozoya

Parte recurrida: Victorio

Procurador/a: Juan Ferrer Massanas

Abogado/a: Frederic Munné Catarina

SENTENCIA N° 580/2018

Magistradas:

Dª Dª Margarita B. Noblejas Negrillo

Dª Dª Myriam Sambola Cabrer

Dª Dª Dolores Viñas Maestre (Ponente)

Barcelona, 12 de septiembre de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La parte dispositiva de la sentencia apelada de fecha 9-10-2017 es del tenor literal siguiente: "FALLO: ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por Procuradora de los Tribunales doña ANA OROVIO JORCANO, en nombre y representación de D.ª Rafaela , frente a D. Victorio ; y, en consecuencia, DEBO DECLARAR Y DECLARO disuelto por divorcio el matrimonio celebrado el día 5 de abril de 1988 en Montevideo (Uruguay) entre doña Rafaela y don Victorio , con todos los efectos legales y, en especial, los siguientes:



Se acuerda la disolución del régimen económico matrimonial.

Se atribuye el uso del domicilio familiar a doña Rafaela si bien limitado por lo dispuesto en el título por el que se posee,

de acuerdo con la ley.

Se impone a cargo de don Victorio el pago de una pensión compensatoria de 150 euros a favor de doña Rafaela durante 5 años.

Todo ello sin hacer especial pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas procesales causadas, abonándose por cada litigante las causadas a su instancia, y las comunes por mitad.

Líbrese testimonio de la presente resolución para su unión a los autos principales, y llévase el original al Libro de Sentencias de este Juzgado."

SEGUNDO .- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante mediante su escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria que se opuso al recurso y impugnó la sentencia; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO .- Se señaló para votación y fallo el día 4-9-2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El objeto del recurso es la pensión compensatoria reconocida a favor de la esposa de 150 euros al mes por un periodo de 5 años.

Aun cuando finalmente no se haya planteado controversia sobre la ley aplicable cabe hacer una consideración previa sobre la competencia y ley aplicable a este procedimiento y a las medidas controvertidas por tratarse de cuestiones que deben plantearse de oficio. Ambos esposos son de **nacionalidad** uruguaya, contrajeron matrimonio en Montevideo en abril de 1988 y residen en España desde 2001. Se plantea la demanda en 2016.

Los Tribunales españoles son competentes para conocer del procedimiento de divorcio en virtud del Reglamento 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, art. 3 por residencia habitual de los dos cónyuges y la ley aplicable al divorcio viene determinada por el Reglamento 1259/2010 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 (Roma III), art. 8 que determina como ley aplicable la ley de la residencia habitual en el momento de presentar la demanda (ley española).

La competencia para conocer de la prestación compensatoria la determina el Reglamento 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos cuyo ámbito objetivo viene establecido en el artículo 1 que dispone que "El Reglamento es aplicable a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad". El concepto de alimentos en Derecho Internacional es más amplio que el concepto de alimentos de nuestro Derecho interno en tanto engloba toda prestación reconocida en la ley entre cónyuges y por tanto comprende la pensión compensatoria. Nos encontramos ante un concepto propio del Derecho Internacional privado de producción comunitaria que engloba toda obligación de alimentos derivada de una relación de familia. La competencia la determina el art. 3 del referido Reglamento - órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual, o el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual, o el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa al estado de las personas, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la **nacionalidad** de una de las partes -. Conforme a cualquiera de estos criterios son competentes los Tribunales españoles.

La ley aplicable a la pensión compensatoria también la determina el Reglamento 4/2009 que se remite, en materia de derecho aplicable en su artículo 15 a lo establecido en el Protocolo sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 23 de noviembre de 2007. Conforme a los artículos 3 y 5 del Protocolo es aplicable el Codi Civil de Catalunya - ley del Estado de la residencia habitual del acreedor-.

SEGUNDO .- La demandante reitera la petición formulada en la demanda de 300 euros sin limitación temporal, alegando en síntesis que la sentencia incurre en error de valoración de la prueba y que concurren elementos de excepcionalidad que justifican la no fijación de un límite temporal. El demandado que no formula inicialmente recurso, impugna la sentencia al oponerse al recurso de la actora y solicita que no se fije pensión, fundándose también en un error de valoración al no haberse tenido en consideración que en breve se jubilará descendiendo



sus ingresos y que está pagando un préstamo. La demandante alega con carácter previo que no puede admitirse la impugnación por entender que son incompatibles la oposición al recurso y la impugnación. El art. 461 LEC permite a la parte que inicialmente no ha apelado la sentencia, impugnar la resolución con ocasión del traslado del recurso de apelación formulado por la parte contraria. Dicha impugnación tiene carácter autónomo, no se condiciona su contenido a los pronunciamientos que hayan sido objeto de apelación inicial y no se exigen mayores formalidades que las que se exigen al escrito de interposición de la apelación. No es incompatible oponerse al recurso de apelación formulado de contrario y impugnar la sentencia ya que la impugnación puede versar sobre una medida distinta de la que es objeto de apelación y en este caso además la pretensión que se mantiene en la impugnación es totalmente compatible con la petición de desestimación del recurso que se mantiene en la oposición. Es por ello que procedía la admisión a trámite de la impugnación.

TERCERO .- Tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 233-14 del CCC la prestación compensatoria se configura como una prestación que tiene como finalidad compensar el perjuicio que la ruptura matrimonial ocasiona a uno de los cónyuges en relación, no solo con la situación económica de que disfrutaba constante matrimonio, sino en relación con la situación económica en que ha quedado el otro cónyuge. Es por ello que el precepto exige que la prestación no debe exceder del nivel de vida disfrutado durante el matrimonio, ni tampoco del nivel de vida que pueda mantener el otro cónyuge. Se mantiene en consecuencia la finalidad reequilibradora que se ha atribuido a la pensión por nuestros tribunales.

En el caso contemplado ha quedado acreditado como acertadamente recoge la sentencia apelada que la esposa se ha dedicado durante la convivencia matrimonial al cuidado de la familia pero que también ha podido realizar algún trabajo para terceros. Se reconoce el trabajo para una familia por la que obtiene 120 euros al mes y consta también que el esposo desde que marchó del domicilio familiar en diciembre de 2015 ha venido auxiliando a la esposa con la cantidad de 150 euros al mes hasta que se planteó la demanda de divorcio. La esposa vive con la hija mayor de edad, no dependiente, en el domicilio familiar en régimen de alquiler siendo la renta de 500 euros al mes. Ha probado que no tiene derecho a jubilación y que trabaja en una casa percibiendo 120 euros al mes. Aun cuando pueda considerarse, como defiende el demandado, que la esposa puede realizar trabajos como empleada de hogar en otros domicilios o para otras familias, el nivel retributivo que puede alcanzar no se puede equiparar al del esposo y hay que tener en cuenta que carece de derechos pasivos teniendo ya más de 60 años (nació en NUM000 de 1954). En cuanto al esposo ha quedado probado que sus ingresos mensuales ascienden a unos 1.800 euros netos al mes. Ello se deriva de las Declaraciones de la Renta aportadas de 2015 y 2014 (rendimiento neto menos cuota resultante de autoliquidación). Las nóminas aportadas de 2017 arrojan unos ingresos ligeramente inferiores pero hay que estar al resultado de las Declaraciones de la Renta que es más preciso ya que no ha cambiado de trabajo. No alega ni prueba el gasto concreto de vivienda aunque debe entenderse que de alguna manera debe cubrir dicha necesidad y prueba que cuando se jubile sus ingresos se reducirán a unos 816 euros al mes.

El perjuicio que la ruptura matrimonial ocasiona a la esposa ha quedado probado. Su capacidad de obtener ingresos es muy inferior y no tendrá derecho a percibir jubilación. Tiene derecho a prestación compensatoria.

Para establecer la cuantía y la concreta duración de la pensión el Código establece en el artículo 233-15 una serie de criterios como son:

- a) La posición económica de los cónyuges, teniendo en cuenta, si procede, la compensación económica por razón de trabajo o las previsibles atribuciones derivadas de la liquidación del régimen económico matrimonial.
- b) La realización de tareas familiares u otras decisiones tomadas en interés de la familia durante la convivencia, si eso ha reducido la capacidad de uno de los cónyuges para obtener ingresos.
- c) Las perspectivas económicas previsibles de los cónyuges, teniendo en cuenta su edad y estado de salud y la forma en que se atribuye la guarda de los hijos comunes.
- d) La duración de la convivencia
- e) Los nuevos gastos familiares del deudor, si procede.

En el presente supuesto, como hemos dicho ha quedado probada la mayor dedicación de la esposa al cuidado de la familia, el matrimonio ha tenido una duración de 28 años y los ingresos que puede obtener la esposa realizando tareas de empleada de hogar o de naturaleza análoga no alcanzan el nivel retributivo que tiene el esposo. En tales condiciones entendemos que la cantidad de 150 euros establecida en la sentencia en estos momentos es insuficiente para compensar el desequilibrio existente y ello aun cuando el esposo este pagando un préstamo personal de 262 euros al mes. Consideramos que la pensión debe de ser de 300 euros al mes como solicita la parte apelante.



Ahora bien, siendo en este momento un hecho previsible y próximo el de la jubilación del Sr. Victorio procede minorar el importe de la pensión a 150 euros desde que se produzca la jubilación, atendida la previsión de ingresos acreditada.

En cuanto a si procede o no fijar límite temporal, el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya ha reiterado que con la actual regulación del CCC la limitación temporal de la pensión constituye el principio o regla general y el otorgamiento con carácter indefinido la excepción y que dicha excepcionalidad debe motivarse entendiendo como excepciones aquellas circunstancias que se apartan de lo ordinario o que ocurren rara vez. En este sentido sentencias de 31-5-2017 (ROJ: STSJ CAT 3643/2017 - ECLI:ES:TSJCAT:2017:3643); 16-3-2017 (ROJ: STSJ CAT 1629/2017 - ECLI:ES:TSJCAT:2017:1629); 27-11-2015 , 9-4-2015 , 29-10-2015 y 17-12-2015 (ROJ: STSJ CAT 12276/2015 - ECLI:ES:TSJCAT:2015:12276) que se remiten a las anteriores (27-11-2014-ROJ: STSJ CAT 12010/2014 - ECLI:ES:TSJCAT :2014:12010). Se señala que "La excepción no puede ser interpretada en forma extensiva y la carga de la prueba incumbe a quien invoca o aduce la existencia de la excepcionalidad. Su concesión en forma indefinida obligará a los Tribunales de instancia a exponer las razones por las que se entiende que se trata de circunstancias excepcionales y su criterio no será revisable en casación salvo arbitrariedad o irrazonabilidad. Y, añadíamos, que solo podrá establecerse una permanencia de la pensión por tiempo indefinido cuando en el caso concreto concorra una potencialidad real y acreditada de que el beneficiario, como consecuencia de sus circunstancias personales (edad, estado de salud, formación profesional, posibilidades de adquirir ayudas públicas, etc.) y de la ausencia de patrimonio, no podrá alcanzar, en un plazo mayor o menor, aquella autonomía pecuniaria de la que hubiera podido disfrutar de no haber mediado el matrimonio, permitiéndole subvenir a sus necesidades."

En este caso la Sala entiende que concurren circunstancias acreditadas de excepcionalidad. La esposa tiene más de 60 años, los trabajos que ha realizado no han generado derechos pasivos y carece de patrimonio. No puede hacerse previsión alguna de posibilidad de recuperación económica o de obtención de autonomía pecuniaria mínima, atendida su edad, y la naturaleza de los trabajos que puede realizar (empleada de hogar o asistencia a personas). La pensión establecida con la minoración prevista debe ser reconocida en principio sin límite temporal y sin perjuicio de modificación ulterior en caso de modificación de circunstancias que no hayan sido previstas en la presente resolución.

Concluyendo se estima en parte el recurso de apelación y se desestima la impugnación.

CUARTO. - No se hace pronunciamiento sobre las costas, en cuanto a las del recurso por haber sido parcialmente estimado y en cuanto a las de la impugnación por concurrir dudas de hecho en relación a los ingresos concretos de los que dispone la esposa (art. 394 LEC).

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO EN PARTE** el recurso de apelación formulado por Rafaela , y **DESESTIMANDO** la impugnación formulada por Victorio contra la sentencia de 9-10-2017 del Juzgado de Primera Instancia n. 7 de Badalona en autos de Divorcio n. 1217/2016, de los que el presente rollo dimana, **SE REVOCA EN PARTE** la expresada resolución, acordando fijar la pensión compensatoria en la cantidad de 300 euros mensuales a abonar en la forma y términos fijados en la sentencia apelada hasta la jubilación del Sr. Victorio que se reducirá a 150 euros al mes sin límite temporal y sin hacer expresa imposición de las costas del recurso y de la impugnación.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del nº 3º del artículo 477,2 LEC . También cabe recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente (DF. 16ª, 1 3ª LEC). También cabe recurso de casación, en relación con el derecho civil catalán, sustantiva y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. El/los recursos debe/n ser interpuestos 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.

Lo acordamos y firmamos.

Las Magistradas :