



Roj: **SAP B 1097/2020 - ECLI: ES:APB:2020:1097**

Id Cendoj: **08019370182020100139**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **21/02/2020**

Nº de Recurso: **748/2019**

Nº de Resolución: **168/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Divorcio**

Ponente: **MARGARITA BLASA NOBLEJAS NEGRILLO**

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.: 0810242120178020981

Recurso de apelación 748/2019 -J

Materia: Proceso especial contencioso divorcio

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de DIRECCION000

Procedimiento de origen:Divorcio contencioso 340/2017

Parte recurrente/Solicitante: Baltasar

Procurador/a: Jordi-Enric Ribas Ferre

Abogado/a: MARIA NEUS ESTÉVEZ TUR

Parte recurrida: Mónica

Procurador/a: Luisa Infante Lope

Abogado/a: Sílvia Pacheco Massana

SENTENCIA N° 168/2020

Magistrados:

D. Francisco Javier Pereda Gámez

Dª Margarita B. Noblejas Negrillo (Ponente) Dª Ana Mª García Esquiús

Barcelona, 21 de febrero de 2020

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 20 de junio de 2019 se han recibido los autos de Divorcio contencioso 340/2017 remitidos por la Sección Civil del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de DIRECCION000 a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Jordi-Enric Ribas Ferre, en nombre y representación de Baltasar contra la Sentencia de fecha 31/05/2018 y en el que consta como parte apelada oponente la Procuradora Luisa Infante Lope, en nombre y representación de Mónica, y con la intervención del Ministerio Fiscal.



Segundo. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: **QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE** la demanda formulada por D.^a Trinidad , frente a D. Baltasar , **QUE DEBO DECRETAR Y DECRETO EL DIVORCIO DE LOS CONYUGES**, con todas las consecuencias legales inherentes a tal declaración y con la adopción de las siguientes medidas:

- **PATRIA POTESTAD:** Se ejercerá por ambos progenitores conjuntamente. Ello supone que las decisiones importantes relativas a los menores serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo, y en caso de discrepancia resolverá el juzgado conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil. A título indicativo son decisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad las relativas a las siguientes cuestiones:

Elección inicial o cambio de centro escolar.

Determinación de las actividades extraescolares o complementarias.

Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos.

- **GUARDA Y CUSTODIA** del hijo, D. Heraclio se atribuye a la madre, D.^a Mónica siendo la patria potestad compartida.

- **RÉGIMEN DE VISITAS** entre el padre y el hijo se deja al libre acuerdo entre ellos.

- **PENSIÓN ALIMENTICIA:** El padre abonará en concepto de pensión alimenticia 300 euros mensuales, actualizables anualmente conforme al IPC y pagaderos dentro de los 5 primeros días del mes, en la cuenta que designe la madre a tal efecto. Dicha cantidad será actualizada anualmente conforme a las variaciones que experimente el I.P.C. y se abonará a Doña Blanca dentro de los diez primeros días de cada mes en la cuenta que este designe a tal efecto

- **GASTOS EXTRAORDINARIOS:** Se abonarán por mitad entre los progenitores, entendiéndose por tales los médicos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social o seguro privado de los padres y los educacionales como las clases de apoyo de asignaturas troncales que vengán recomendadas por el centro educativo.

No se hace expresa imposición de costas."

En relación a la anterior sentencia, se dictó Auto d efecha 6.6.2018 cuya parte dispositiva es la que sigue: **ACUERDO:**

Si ha lugar en parte a la aclaración de la sentencia de 25 de abril de 2018 solicitada por el procurador D. JOSE MARÍA SALA BORJA en nombre y representación de **D. Mónica** y debo subsanar y subsano el error del Fallo de la sentencia aludida que tendrá el siguiente pronunciamiento:

"QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda formulada por D.^a Trinidad , frente a D. Baltasar , **QUE DEBO DECRETAR Y DECRETO EL DIVORCIO DE LOS CONYUGES** , con todas las consecuencias legales inherentes a tal declaración y

con la adopción de las siguientes medidas:

- **PATRIA POTESTAD:** Se ejercerá por ambos progenitores conjuntamente. Ello supone que las decisiones importantes relativas a los menores serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo, y en caso de discrepancia resolverá el juzgado conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil . A título indicativo son decisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad las relativas a las siguientes cuestiones:

Elección inicial o cambio de centro escolar.

Determinación de las actividades extraescolares o complementarias.

Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos.

- **GUARDA Y CUSTODIA** del hijo, D. Heraclio se atribuye a la madre, D.^a Mónica siendo la patria potestad compartida.

- **RÉGIMEN DE VISITAS** entre el padre y el hijo se deja al libre acuerdo entre ellos.

- **PENSIÓN ALIMENTICIA:** El padre abonará en concepto de pensión alimenticia 300 euros mensuales, actualizables anualmente conforme al IPC y pagaderos dentro de los 5 primeros días del mes, en la cuenta que designe la madre a tal efecto. Dicha cantidad será actualizada anualmente conforme a las variaciones que



experimente el I.P.C. y se abonará a Doña Blanca dentro de los diez primeros días de cada mes en la cuenta que este designe a tal efecto

- **GASTOS EXTRAORDINARIOS:** Se abonarán por mitad entre los progenitores, entendiéndose por tales los médicos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social o seguro privado de los padres y los educacionales como las clases de apoyo de asignaturas troncales que vengan recomendadas por el centro educativo.

No se hace expresa imposición de costas."

En relación a la anterior sentencia se dictó Auto de fecha 7.6.2018, cuya parte dispositiva es la que sigue: "**ACUERDO:** SE RECTIFICA la SENTENCIA de 31 DE MAYO DE 2018, en sentido de que donde se dice: "**QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE** la demanda formulada por D.^a Trinidad, frente a D. Baltasar", debe decir "**QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE** la demanda formulada por D.^a Mónica, frente a D. Baltasar".

Y donde se dice: "Teniendo en cuenta que el padre vive en Alemania, que el menor tiene 16 y que este año cumplirá 17, que de las declaraciones efectuadas tanto por sus progenitores como por el abuelo materno", debe decir "Teniendo en cuenta que el padre vive en Alemania, que el menor tiene 16 y que este año cumplirá 17, que de las declaraciones efectuadas tanto por sus progenitores como por el abuelo paterno".

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 28/01/2020.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza el apelante contra la resolución impugnada por considerar que la ley aplicable es la alemana; subsidiariamente pide que se acuerde un régimen de visitas con el hijo común de un fin de semana/mes hasta la mayoría de edad, una pensión de alimentos de 215,52 €; que en cuanto al pago de los gastos extraordinarios se diga que serán sufragados conforme a las posibilidades de cada progenitor del art. 237-7 y sobre las actividades extraescolares que deben ser las partes las que decidan las que han de asumirse.

SEGUNDO.- Por lo que respecta al primer extremo lo planteó en su contestación a la demanda como cuestión previa; decía que de conformidad con el art. 8 del Reglamento de Roma 3, este pleito había de estar regulado por el Derecho Alemán, ya que la ley aplicable es el último domicilio común donde resida uno de los cónyuges y en el momento de la interposición de la demanda no había transcurrido más de un año desde la fecha en que dejó de ser domicilio familiar y que la madre tenía que haber alegado y probado la ley alemana (art. 1565 y 1566 del BGB -CCivil alemán), por lo que en puridad la demanda debería ser desestimada por violar el carácter imperativo de la norma de conflicto, con costas, lo cual es desestimado por la sentencia.

Ha de estarse efectivamente al Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo 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, el cual en su art. 8, sobre la Ley aplicable a falta de una elección según lo establecido en el artículo 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado:

- a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,
- b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto;
- c) de la **nacionalidad** de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,
- d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda.

Estándose en el caso en el supuesto b) puesto que la separación de hecho se produjo en agosto de 2016 y la demanda se interpuso por la Sra. Mónica el 17-5-2017, como quiera que el apelante aún reside en Alemania, la ley aplicable al presente caso es la de Alemania, concretamente los art. 1.565 y 1.566 del BGB o Código Civil Alemán.

El divorcio en Alemania puede darse cuando el matrimonio fracasa de acuerdo a lo establecido en el Código Civil Alemán. Según éste (§ 1565 BGB), se entiende que un matrimonio fracasa cuando:



Los cónyuges ya no viven juntos (situación presente), sin importar cuál haya sido la causa de la separación. Lo único que se debe demostrar es que los cónyuges se han separado.

No se puede esperar que la convivencia conyugal se vuelva a restablecer (situación futura).

Para demostrar que el matrimonio ha fracasado, los cónyuges deben presentar pruebas de que uno o ambos de los siguientes requisitos se han cumplido:

Los cónyuges han vivido separados durante al menos un año y, además, ambos aceptan de común acuerdo divorciarse; o

Los cónyuges han vivido separados durante al menos tres años, sin importar que uno de los cónyuges no quiera divorciarse.

Sin embargo, es posible divorciarse sin haber cumplido un año de separados, cuando se trata de un caso de fuerza mayor (§ 1565, 2 BGB). Incluso, a pesar de que ambos cónyuges quieran divorciarse de mutuo acuerdo antes del año, no podrán hacerlo a menos de que existan causas que hagan necesario el divorcio. Entre estas causales se tiene, por ejemplo: maltrato de uno de los cónyuges al otro; cuando uno de los cónyuges espera un hijo con otra persona distinta del cónyuge; adicciones de uno de los cónyuges o uno de los cónyuges maltrata sexualmente al otro cónyuge..

En nuestro caso hace ya más de tres años que las partes no viven juntas, concretamente desde que el hoy apelante diera su consentimiento a la actora para, en palabras del mismo, "mudarse a España" conforme al convenio suscrito en Alemania firmado el 6-8-2016; es más, también llegó a pedir el divorcio ante el Juzgado de Wuppertal el 7-8-2017, como acredita aportando las minutas de los letrados, y aquí instó medidas provisionales previas el 17-11-2017, curiosamente basando su petición en el art. 773 LEC. Habiendo en definitiva consenso en cuando al divorcio, debemos proceder al examen de las peticiones formuladas de manera subsidiaria.

TERCERO.- En cuando al régimen de visitas nada podemos decir al haber alcanzado el hijo la mayoría de edad el pasado 18 de diciembre, por lo que hemos de entrar directamente en el tema de la pensión de alimentos para el mismo, no sin antes decir que ha de estarse al Reglamento 4/2009 del Consejo, de 18-12-2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, en cuyo art. 15 establece que la ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento. El mismo establece en su art. 3 *la norma general sobre la ley aplicable*

1. Las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor, salvo que este Protocolo disponga otra cosa.

2. En caso de cambio de la residencia habitual del acreedor, se aplicará la ley del Estado de la nueva residencia habitual desde el momento en que se produce el cambio.

Como quiera que el acreedor no es sino el hijo común, habrá de estarse a lo dispuesto el art. 237 CCC.

Como antecedentes diremos que la vivienda familiar estaba en DIRECCION001 . NUM000 de DIRECCION002 NUM001 , en Alemania; producida la ruptura el padre autorizó (doc.7 de la demanda) a la madre para que residiera con el hijo en España, en DIRECCION000 , ya para el curso escolar 2017/2018, en el Instituto Público DIRECCION003 . En agosto 2016, ya transcurridos diez meses, fijó su residencia en dicha localidad y se dieron, madre e hijo, oficiosamente de baja en el Registro del Consulado de España en Düsseldorf el 4-8-2016.

Reconocido todo ello por el padre, alegó que ello se hizo conforme al convenio de divorcio suscrito en Alemania firmado el 6-8-2016 y que aporta de doc.4, pero como quiera que su salario se había reducido estaba pagando de pensión 215,51 €, ello teniendo en cuenta que además la misma cobraba una subvención del Estado Alemán por seguir trabajando en Alemania, 192 €/mes, (doc.8 a 10 bis.1) con lo que finalmente la actora estaba cobrando 407,51 €/mes.

Entendía el apelante que debía fijarse dicha pensión porque es la que ha estado pagando desde que, tras dar autorización a la madre para que viniera a España en agosto de 2016, lo que desestima la sentencia determinándola en 300 €, y como vimos, en el recurso insiste en su inicial pretensión.

Del examen de las actuaciones practicadas en autos, tenemos por un lado que según el certificado de retenciones e ingresos a cuenta correspondiente al ejercicio 2018, la madre, que trabaja como docente de la Función Pública DIRECCION004 como profesora de educación primaria, obtuvo unos ingresos íntegros de 28.989,30 € y retención 4479,67, es decir, 2.042,26 € netos/mes, y según su declaración de IRPF del mismo año, unos rendimientos del trabajo de 27.208,84 más 333,24 de rendimientos de bienes inmuebles, menos 4.684,55 de la CAR, 1.904,79 € netos/mes. Ya no cobra la subvención de 192 €/mes al haber alcanzado el hijo la mayoría



de edad. Paga 550 de alquiler, más 14,66 del seguro vivienda, 76,07 de la hipoteca de la vivienda familiar. (Son copropietarios de una vivienda sita en Piera por la que pagan una cuota hipotecaria de 802,14 € y que tienen alquilada por 650, por lo que pagan cada uno 76,07 €)

El padre por su parte es empleado del Consulado Español no funcionario. Con la contestación aportó nóminas según las cuales ingresaba 1.287,50 € netos por trece pagas, es decir, 1.394,79 €/mes, por más que por el certificado de 24-4-2018 conste que sus ingresos son de 1.578,15 €/mes. Paga 600 de alquiler.

Los gastos de educación del menor viene a ser de 175 €/mes de cuota colegial, 24 € a la semana las clases de repaso de literatura catalana y lengua castellana aconsejadas por las profesoras, es decir, 96 €/mes y 50 los gastos de transporte, todo lo cual hace un total de 321 €/mes.

En estas circunstancias estimamos que la suma de 250 € es más acorde con lo dispuesto en el art. 237 CCC, con lo que en este particular debemos estimar parcialmente el recurso.

Y en cuanto a la puntualización que solicita respecto a las actividades extraescolares y pago de los gastos extraordinarios, la sentencia acuerda que estos se abonarán por mitad incluyendo los de salud no cubiertos y los educacionales, como clases de apoyo de asignaturas troncales que vengan recomendadas por el centro educativo. Pues bien, respecto de los segundos resulta de aplicación el art. 237-7 CCC y en cuanto a las primeras deberán ser consensuadas, debiendo en otro caso plantear un expediente sobre controversia en el ejercicio de la potestad parental.

Finalmente, respecto de la pretensión de que la actora le pague 9.000 € para cubrir todas las cargas de la vivienda familiar de Alemania, en su contestación alegaba al respecto que le adeuda por cargas familiares 9.211,14 € por los gastos pagados por él en concepto del alquiler contratado por ambos, alarma, gastos de abogado del divorcio, entre otros. Pedía que se acordara que la actora le restituyera los 9.211,14 € por suponer un enriquecimiento injusto, lo que debemos desestimar al no ser objeto resolver en el presente procedimiento.

QUINTO.- Dada la resolución que se adopta no procede hacer especial mención sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Baltasar contra la sentencia de fecha 31-5- 2018 dictada por la Ilma. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia 5 de DIRECCION000 , debemos revocar la expresada resolución únicamente en el sentido de que la pensión de alimentos será de 250 €, los gastos extraordinarios se abonarán de acuerdo con lo establecido en el art. 237-7 CCC y las actividades extraescolares se decidirán de común acuerdo , debiendo en otro caso acudir a un expediente sobre controversia en el ejercicio de la potestad parental, confirmando los demás extremos de la misma , ello sin que proceda hacer especial mención sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16ª LEC) ante el Tribunal Supremo (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades



civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ