



Roj: **SAP B 11670/2023 - ECLI:ES:APB:2023:11670**

Id Cendoj: **08019370122023100572**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **09/11/2023**

Nº de Recurso: **667/2023**

Nº de Resolución: **585/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RAQUEL ALASTRUEY GRACIA**

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.: 0804842120228135111

Recurso de apelación 667/2023 -S

Materia: Divorcio contencioso disposición 5ª

Órgano de origen: Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 5 de Barcelona

Procedimiento de origen: Divorcio contencioso 63/2022

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0658000012066723

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0658000012066723

Parte recurrente/Solicitante: Arcadio , Ana María

Procurador/a: DANIEL GONZALEZ GONZALEZ, RUBEN FRANQUET MARTIN

Abogado/a: ANA SANCHEZ-GUISANDE RUBIANES

Parte recurrida:

Procurador/a:

Abogado/a:

SENTENCIA N° 585/2023

Magistrados/Magistradas:

Mercedes Caso Señal

Raquel Alastruey Gracia Ernesto Pascual Franquesa

Barcelona, 9 de noviembre de 2023



ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 24 de julio de 2023 se han recibido los autos de Divorcio contencioso 63/2022 remitidos por Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 5 de Barcelona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a DANIEL GONZALEZ GONZALEZ, y por el procurador RUBEN FRANQUET MARTIN, en nombre y representación de Ana María y de Arcadio, respectivamente quienes actúan como partes apeladas y apeladas contra Sentencia - 24/02/2023 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a, en nombre y representación de .

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

"" SE ESTIMA PARCIALMENTE LA DEMANDA DE DIVORCIO (Subsidiaria de RUPTURA DE PAREJA DE HECHO) con medidas paterno filiales y patrimoniales, interpuesta en su día por la representación en autos de la Sra. Ana María, instada contra: Don Arcadio y en SU CONSECUENCIA SE ACUERDA:

1º TENER POR DESISTIDA A LA ACTORA DE LAS MEDIAS COETÁNEAS PRESENTADAS CON LA PRINCIPAL, debiendo dejarse testimonio de la presente resolución en la pieza separada en las a los efectos de acordarse el archivo de aquella Todo ello sin constas para ninguna de las partes.

2º DESESTIMAR LA DISOLUCIÓN DEL VINCULO MATRIMONIAL INSTADO POR LA ACTORA, como petición principal.

3º SE ACUERDA, LA RUPTURA DE PAREJA DE HECHO ESTABLE CON MEDIDAS PATERNO FILIALES Y PATRIMONIALES interpuesta por la representación en autos de la Sra. Ana María, instada contra: Don Arcadio, y todo ello, con las siguientes medidas inherentes a ello:

1º Como genéricas:

Se acuerda la ruptura de la la pareja por disolución del vínculo que las unía, así como la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los miembros de la pareja hubiera otorgado al otro, y el cese de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro en el ejercicio de la potestad doméstica,

2º Como específicas:

1º PATRIA POTESTAD Y GUARDA Y CUSTODIA.

a. Se ATRIBUYE la GUARDA Y CUSTODIA de la hija común **menor** de edad Dulce, nacida el NUM000 /15, a la madre Sra. Ana María

b. La PATRIA POTESTAD SERÁ COMPARTIDA por ambos progenitores 5 PERO CON EL EJERCICIO EXCLUSIVO DE citada POTESTAD PARA LA MADRE, para cuestiones, administrativas, medicas, laborales etc., relacionadas con la **menor**, por lo que no debería exigírsele por la administración gubernativa el asentimiento paterno para la adquisición de la **nacionalidad** de la menor ni para poder empadronarla, de exigirse, el padre vendrá obligado a dar su consentimiento para ello y no impedir que los citados trámites se paralicen por su contumacia.

LA **MENOR** Dulce nacida el NUM000 -15, NO PODRÁ ABANDONAR EL TERRITORIO NACIONAL, sin consentimiento expreso de ambos progenitores y/o autorización judicial motivada Debiéndose ello comunicar de inmediato a las autoridades gubernativas para que tomen la debida cuenta de ello.

2º- ATRIBUCIÓN DEL USO DEL DOMICILIO Y AJUAR FAMILIAR.

a. NO SE PUEDE ATRIBUIR EL USO DEL QUE FUERA DOMICILIO FAMILIAR A LA MADRE, al haber rescindido el hoy demandado unilateralmente el contrato de alquiler y hallarse la vivienda actualmente arrendada.

b. AI HABERSE QUEDADO EL DEMANDADO CON LOS ENSERES Y AJUAR FAMILIAR, DEBERÁ RETORNAR TODA LA ROPA Y JOYAS DE LA MADRE Y LA **MENOR** QUE EL MISMO RECONOCIÓ TENER EN SU POSESIÓN, EN PLAZO IMPRRORROGABLE DE 5 DÍAS a contar de la notificación de la presente resolución. Caso de no hacerlo y acreditada por la actora su preexistencia, podría el demandado incurrir en un delito patrimonial.

3º- ALIMENTOS Y CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS Del/Los HIJO/S COMUNES

a.. Se fija la obligación para el progenitor no custodio de abonar una pensión para la hija común, de trescientos euros mensuales (300€. -) hasta la mayoría de edad y/o hasta que tenga vida independiente. El devengo de la citada prestación será desde la interposición de la demanda que dio origen a la presente resolución (ex tunc) (fecha 4/5/22)

b. Durante tres años, a contar desde la interposición de la demanda, las citadas cantidades alimenticias, se incrementarán en 250€ (durante 3 años la pensión alimenticia será de 300+ 250= 550€, a partir del 4 año, será de 300 euros con sus actualizaciones desde la interposición de la demanda).



Las citadas cantidades, deberán hacerse efectivas en los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que al efecto abra la madre para la menorl y que deberá ser comunicada" si no se ha hecho ya al progenitor no custodio. Las citadas cantidades serán objeto de actualización anual conforme a las variaciones del IPC que señale el INE u organismo que, en el futuro, haga sus funciones. Dicha cantidad se hará efectiva en doce mensualidades al año, pagaderas por mensualidades anticipadas.

c. *.Los GASTOS EXTRAORDINARIOS que se produzcan se abonaran por ambos progenitores en la proporción del 60% para el padre y 40 % para la madre, configurándose los mismos conforme se ha expuesto en el FJ 10.4 in fine de la presente resolución, cl. Si existieran prohibiciones entre los progenitores, se deberán acordar tas cuestiones a través de terceras personas, no utilizando nunca a la menor para ello.*

4ª RÉGIMEN DE VISITAS VACACIONES Y COMUNICACIÓN PATERNO -FILIAL

a. Se establece un régimen de visitas a favor del padre, que deberá ser de forma supervisada y en un punto de encuentro habilitado UN DÍA A LA SEMANA durante DOS HORA que salvo que por el organismo/institución encargada, se entienda más adecuado otro día y/u otro horario, será los DOMINGOS ALTERNOS (Cada 15 días.), durante 18 meses, a partir del citado periodo, se emitirá informe por el punto de encuentro, en aras a dar viabilidad a un régimen no supervisado y/o más amplio en su caso.

b, Vacaciones Escolares de verano, Navidad. Semana Santa/Semana Blanca. Se dividirán los periodos iguales las vacaciones escolares, escogiendo la madre los años pares que periodo quiere disfrutar con la menor, suspendiéndose en ese caso las visitas para con el padre. En el periodo de vacaciones que le corresponda al padre, se estará al régimen ordinario antes citado.

5ª PENSIÓN COMPENSATORIA / INDEMNIZATORIA.

No procede hacer pronunciamiento al respecto, al no haberse instado en forma.

6ª - DEBERES DE INFORMACIÓN Y CONSULTA ENTRE LOS PROGENITORES EN RELACIÓN A LOS MENORES.

a. Ambos progenitores, se tendrán al corriente de la situación del/la menor, especialmente en asuntos importantes que afecten a su formación, estado de salud, etc. y/o cualquier otro aspecto importante, y deberán comunicarse entre sí cualquier enfermedad, accidente, u otro hecho relevante de la menor mientras este bajo su cuidado. De haber prohibiciones entre ambos, la comunicación, exclusivamente para estos temas relacionaos con la menor, ser harán a través de terceras personas.

Debe Advertirse a ambos progenitores que en caso de incumplir los deberes propios de la patria potestad establecidos en el art 154 y concordantes del Código Civil / art 236-17 y concordantes del Código Civil Catalán e incurrieren en comportamientos o conductas radicalmente contraproducentes para los intereses y formación integral de su/s hijo/as menor/es, podrían ser removidos de sus facultades y entregados aquellos a familiares o a una "institución idónea y adecuada", a la que se conferiría en su caso funciones tutelares, a la que se refieren los arts. 103x1, párrafo segundo, del Código Civil en relación con el art. 158 del mismo Cuerpo Legal y a los que se refieren los arts. 236.6, párrafo segundo, del Código Civil Catalán. Sin expresa imposición de las costas del presente procedimiento a ninguna de las partes. ""

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 09/11/2023.

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

Se designó ponente a la Magistrada Raquel Alastruey Gracia, quien expresa la decisión del Tribunal .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los de la sentencia apelada, salvo que resulten contradichos por lo que a continuación se expone.

PRIMERO.- La sentencia dictada en la instancia se ha recurrido por ambas partes.

La defensa del Sr. Arcadio se queja de error en la valoración de la prueba respecto de sus ingresos y los gastos de la hija para determinar su contribución a cubrir las necesidades de la hija común Dulce, nacida el NUM000 de 2015, pero en su escrito de recurso no concreta la petición, es decir, en cuanto considera que debería contribuir en menos.

La defensa de la Sra. Ana María recurre la sentencia que considera que no existía matrimonio entre las partes, matrimonio que se afirma existente por la demandante y solicita que se decrete el divorcio. Al recurso se ha opuesto la parte contraria



Posteriormente y al oponerse al recurso del Sr. Arcadio , la Sra. Ana María pretende impugnar también la sentencia para que no se limite a tres años la contribución específica por vivienda a cargo del padre.

SEGUNDO.- Por una cuestión de orden se analizara en primer lugar la posibilidad de impugnar la sentencia por la Sra. Ana María , cuando ella previamente ya había formulado recurso de apelación.

El art. 461.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reserva la posibilidad de impugnar la sentencia a la parte que no hubiera inicialmente recurrido. Por ello mismo, si ya se ha formulado recurso de apelación, los pronunciamientos a los que entonces se aquietó no pueden ser impugnados en un segundo momento, puesto que la finalidad de la impugnación no es ofrecer una oportunidad de subsanación de las omisiones padecidas por la parte cuando formuló recurso. En este sentido STS de 13 de enero de 2010 (ROJ: STS 767/2010).

Por lo tanto, no puede ser objeto de valoración en esta alzada la impugnación de la sentencia que formuló la Sra. Ana María al impugnar el recurso formulado de contrario en su escrito de fecha 15 de mayo de 2023, dado que ya había formulado directamente recurso de apelación mediante el escrito de fecha 4 de abril de 2023 en el que únicamente recurrió el pronunciamiento omitido sobre el divorcio del matrimonio de los litigantes.

TERCERO.- Para resolver la cuestión sobre si existió matrimonio entre los litigantes que deba ser disuelto por divorcio, que es lo que peticiona la defensa de la Sra. Ana María , no cabe acudir al Reglamento CE 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, ya que aquí no se solicitaba el reconocimiento de ninguna resolución judicial extranjera. En su caso, para las cuestiones del divorcio vendría en aplicación el Reglamento UE 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010, or el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Esta norma establece que a falta de convenio entre las partes sobre la ley aplicable a su divorcio y a la separación matrimonial, será la del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de interponer la demanda (art. 8), luego en este caso la catalana; pero también indica que dicho reglamento no se aplicará, aun cuando se planteen como mera cuestión prejudicial en el contexto de un procedimiento de divorcio a la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio (art. 1.2).

Dado que se está cuestionando la existencia y validez del acto celebrado como matrimonio por el rito islámico entre las partes, en Barcelona, la norma a aplicar respecto de la forma de dicho acto será la española en aplicación de lo establecido en el art. 11 del Código Civil.

El art. 50 del Código Civil establece que, si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos. En este caso no se ha acreditado qué forma para contraer matrimonio está regulada en Marruecos o en Pakistán, por lo que se aplicará la legislación española.

El art. 59 establece que el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado. En este caso, dado que ambos litigantes son de religión musulmana vendrán en aplicación las normas que contiene el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, aprobado por Ley 26/1992 de 10 de noviembre.

Del art. 63 del Código Civil se desprende que no se inscribirá un matrimonio celebrado en España en forma religiosa si cuando de los documentos presentados conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez con exigibles.

El art. 7 de la Ley 26/1992 condiciona que el matrimonio celebrado en la forma religiosa establecida en la Ley Islámica tenga efectos civiles desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil. El matrimonio debe certificarse por un dirigente religioso islámico, o el imam, con capacidad certificada para celebrar matrimonios y en presencia de dos testigos y exige que quienes vayan a contraer matrimonio por el rito islámico previamente tramiten ante el encargo del Registro civil o Notario o Secretario Judicial que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa.

Finalmente debe recordarse que no pueden contraer matrimonio quienes estén ligados con vínculo matrimonial (art. 46 CC)

Interesa destacar como hechos relevantes para la decisión los siguientes:

a) la Sra. Ana María , de **nacionalidad** marroquí, y el Sr. Arcadio , de **nacionalidad** pakistaní se conocieron en Barcelona y formaron una unión estable de pareja que duró 16 años, habiendo fijado su domicilio en la ciudad de Barcelona.



b) el 20 de diciembre de 2014, al parecer, contrajeron matrimonio por el rito islámico, religión común de los litigantes, en el Centro Islámico DIRECCION000 , de Barcelona. En la traducción de un documento que debería acreditar dicho acto consta un sello conforme se registró (nº NUM001) en el Consulado de Pakistan, en Barcelona, el 27 de abril de 2015. No consta que existiera certificado de capacidad matrimonial de los contrayentes. No consta inscrito en el Registro Civil español. No se ha aportado el documento original sino únicamente una traducción.

c) el NUM000 de 2015 nació la hija común Dulce , en Barcelona. En su inscripción se hizo constar que el padre estaba casado mientras que la madre era soltera.

d) en el momento actual el Sr. Arcadio ya ha adquirido la **nacionalidad** española y se le ha concedido también a la hija común, si bien no se ha podido aceptar por falta de acuerdo de los progenitores en el trámite a realizar.

De la prueba practicada no puede deducirse que llegaran los litigantes a contraer matrimonio, que pueda considerarse existente y válido en nuestro país. Probablemente realizaran un rito o festividad religiosa, pero no consta el documento original que lo certifique, tampoco consta que el oficiante fuera persona reconocida con capacidad para otorgar matrimonio conforme al rito musulmán, no consta que se realizara expediente previo al matrimonio, ni que no existiera impedimento matrimonial (vinculo anterior de alguno de los contrayentes, que consta lo tenía el padre al inscribir el nacimiento de la hija común) por lo que debe concluirse, como ocurrió en la instancia, que, no constando el matrimonio válido, es imposible disolverlo por divorcio.

CUARTO.- En cuanto al recurso del Sr. Arcadio el mismo también debe ser desestimado. De su redactado parece desprenderse que pedía la supresión de una cantidad añadida para dar cobertura a la necesidad de vivienda, aunque no se ha concretado exactamente.

La documentación bancaria obrante en autos acredita la suficiente capacidad económica del padre, que es mayor de la que él expresó en juicio, dadas las cantidades que se ingresan en su cuenta bancaria. Por otra parte, la actitud del demandado al cesar unilateralmente en el alquiler de la vivienda que venía siendo la familiar ha supuesto un enorme perjuicio para la Sra. Ana María y para la hija, porque será difícil que puedan encontrar una vivienda de coste similar, y por otra parte consta que el padre está ahora domiciliado en otra vivienda cuyo coste es superior al que se venía abonando por la de calle Croia. Luego, al margen de las concretas afirmaciones de la sentencia discutidas por el recurrente, la capacidad económica del Sr. Arcadio es más que suficiente para cubrir las cantidades establecidas en concepto de alimentos.

La vivienda forma parte de las necesidades vitales de los hijos que configuran el deber de alimentos, junto con la manutención, el vestido y calzado, la formación y la salud (art. 237.1 CCCat). En el presente caso era procedente valorar por separado la necesidad de vivienda precisamente porque lo que hubiera sido una cobertura en especie, mediante la cesión de la vivienda que hasta entonces se ocupaba en régimen de alquiler, no ha sido posible por la actitud del recurrente.

En definitiva, la contribución por alimentos establecida en la sentencia de instancia es correcta, y este Tribunal por respeto al principio de congruencia, y dado que no ha sido oportunamente recurrido dicho pronunciamiento por la demandante, no puede entrar a analizar la temporalidad establecida.

QUINTO.- La desestimación de ambos recursos determina la imposición de las costas devengadas en esta alzada a ambas partes, conforme al art. 398.1 en relación con el art. 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En virtud de lo expuesto,

FALLO

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de Ana María e igualmente DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de Arcadio , ambos contra la sentencia de 24 de febrero de 2023 dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 5 de Barcelona, en el proceso de divorcio 63/22 y, en consecuencia, CONFIRMAMOS íntegramente dicha resolución e imponemos a ambas partes las costas devengadas en esta alzada.

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477 LEC ante el Tribunal Supremo 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 recurso se interpone 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, mediante escrito razonado que deberá contener



las alegaciones en que se fundamente el recurso. 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. Sin estos requisitos no se admitirá la impugnación.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de sejudicial.gencat.cat

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, 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 y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.