



www.civil-mercantil.com

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

Sentencia 10/2015, de 8 de enero de 2015

Sección 12.^a

Rec. n.º 140/2014

SUMARIO:

Separación y divorcio. Extranjeros residentes. Tribunales competentes. Por el hecho de tener ambas partes (de nacionalidad china) su residencia habitual en Barcelona la competencia para la declaración de divorcio corresponde a los tribunales españoles, y concretamente a los tribunales de Barcelona, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.1 a) del R.2201/2003 y 769 LEC. La ley aplicable al divorcio es la española, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento 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, por tener ambos cónyuges su lugar de residencia en Barcelona y no haber elegido otra ley aplicable conforme a la posibilidad que ofrece el artículo 5 del mismo texto. Respecto a las medidas sobre la responsabilidad parental de los menores, Los tribunales españoles también son competentes; en primer lugar, en relación con los tres menores que residen en Barcelona, la competencia de los tribunales españoles se deriva de lo dispuesto en el artículo 8 del R. 2291/2003. La competencia de los tribunales españoles en relación con el menor que actualmente se encuentra residiendo en China con sus abuelos maternos se desprende de lo dispuesto en el artículo 12.1, del mismo texto legal, por el hecho de que a pesar de que el menor no reside en Barcelona, sino en China al cuidado de los abuelos maternos, puede considerarse que en este caso ambos progenitores continúan ejerciendo la responsabilidad parental. La competencia respecto de la obligación de abonar alimentos por parte de ambos progenitores para los hijos, se regula en el artículo 3 del reglamento 4/2009, por el hecho de tener el demandado su residencia habitual en Barcelona, es decir, la competencia sobre la obligación de abonar alimentos también la tienen los tribunales españoles. Por último, la competencia para la solicitud de la división de los bienes de los esposos, que ha sido formulada en la demanda, también corresponde a los tribunales españoles, en este caso en virtud de lo dispuesto en el artículo 22.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece la competencia en el orden civil de los tribunales españoles con carácter exclusivo en materia de derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se encuentren en España.

PRECEPTOS:

Ley Cataluña 25/2010 (libro II del Código civil, relativo a la persona y la familia), art. 237.9.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 22.

Ley 1/2000 (LEC), arts. 36, 38 y 769.

Reglamento (CE) n.º 4/2009 (competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos), arts. 3 y 15.

Reglamento (CE) n.º 2201/2003 (competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental), arts. 3, 8 y 12.



www.civil-mercantil.com

Reglamento (UE) n.º 1259/2010 (cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial), arts. 5 y 8.

PONENTE:

Doña Elena Farre Trepas.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN Duodécima

ROLLO Nº 140/2014-R

JUZGADO VIOLENCIA SOBRE LA MUJER 2 BARCELONA

DIVORCIO CONTENCIOSO (ART.770 - 773 LEC) NÚM. 67/2013

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

DON JUAN MIGUEL JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN
DON JOAQUIN BAYO DELGADO
DOÑA ELENA FARRÉ TREPAT

En la ciudad de Barcelona, a ocho de enero de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Duodécima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Divorcio contencioso (art.770 - 773 Lec , número 67/2013 seguidos por el Juzgado Violencia sobre la Mujer 2 Barcelona, a instancia de Dña. Concepción , representada por el procurador D. ERNESTO HUGUET FORNAGUERA y dirigida por el letrado D. ALFREDO VALLO LÓPEZ, contra D. Basilio , representado por el procurador D. MIGUEL ÁVILA JARRÍN y dirigido por la letrada Dña. M^a ANTONIA GÓMEZ MAESTRE; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia dictada en los mismos el día 6 de noviembre de 2013, por el Juez del expresado Juzgado. Habiendo tenido la debida intervención el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO:" Que debía ACORDAR ESTIMAR PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por el procurador D. ERNEST HUGUET FORNAGUERA en nombre y representación de Concepción contra Basilio representado por el Procurador D. MIGUEL ÁVILA JARRÍN y en el que ha intervenido el Ministerio Fiscal decretándose:



www.civil-mercantil.com

1º. La extinción por divorcio del matrimonio formado por Concepción y Basilio .
Remítase al Registro Civil Central testimonio de esta sentencia acompañando testimonio del acta de matrimonio y de su traducción.

2º. Efectos legales derivados de la admisión a trámite de la demanda:

a. Los cónyuges podrán vivir separados cesando la presunción de convivencia conyugal.

b. Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

c. Salvo pacto en contrario cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

3º. Efectos legales personales y patrimoniales:

a. La guarda y custodia de los hijos Geronimo y Jon se atribuye a Concepción . Desde el momento en que los hijos menores Alejandro y Teodosio regresen a territorio español quedarán bajo la guarda y custodia de la madre.

b. Se fija como régimen de visitas, estancia y comunicación a favor del progenitor no custodio Basilio el siguiente:

i) Fines de semanas alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada al centro escolar, recogiendo a los pequeños y entregándolos en el colegio en el que estén en cada momento.

ii) dos días intersemanales con pernocta desde el miércoles a la salida del colegio hasta el viernes a la entrada al centro escolar, recogiendo y entregando en éste. Estos días se llevarán a cabo en la semana en que el progenitor no custodio no está con los pequeños durante el fin de semana.

iii) Vacaciones de verano por mitad, en quincenas alternativas durante los meses de julio y agosto. En los meses de junio y septiembre se mantiene el régimen ordinario de visitas, recogiendo los menores y entregándose en el domicilio materno en aquellos días en que los niños no acudan al colegio.

Las quincenas se alternarán anualmente y a falta de acuerdo los años impares elegirá la madre y en los años pares el padre.

iv) Vacaciones de Navidad y Semana Santa por mitad, teniendo en cuenta el último y el primer día lectivo con los mismos criterios de elección que para las vacaciones estivales.

En el momento en que los hijos varones se encuentren en territorio español será aplicable el régimen de visitas, estancia y comunicación anterior.

c. Se fija como pensión de alimentos, a favor de los hijos menores y a cargo del progenitor no custodio la cantidad de TRESCIENTOS EUROS MENSUALES para cada uno de los hijos que en este momento se encuentran bajo la guarda y custodia de la madre, pensión pagadera por mensualidades anticipadas que deberá ser ingresada en los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente que designe al actora y que se actualizarán anualmente conforme al IPC según datos publicados por el INE u organismo público o privado que pudiera asumir en un futuro sus funciones.

La pensión de las dos hijas se continuará en la forma determinada en el auto de medidas provisionales previas a la demanda.



www.civil-mercantil.com

Respecto del hijo varón Alejandro la misma pensión se reconoce con efectos desde el 1 de agosto de 2013 al haberse acreditado que llegó a España el 30 de julio de este año.

Con relación al hijo pequeño se reconoce la misma pensión que para sus hermanos y ésta será exigible también desde el momento en que regrese a España y quede bajo la guarda y custodia de la madre.

d. El pago de los gastos extraordinarios será por mitad, entendiéndose por tales los no previsibles pero necesarios y que han de ser consensuados por los dos progenitores, salvo en los casos de urgencia para los pequeños, recordándose a las Partes el deber de información recíproco respecto a los hijos menores que ambos tienen.

4º. Desestimar la petición de liquidación del régimen económico matrimonial al estar regulado el matrimonio por el de separación de bienes.

5º. Acordar la división del inmueble situado en Olesa de Montserrat (Barcelona) situada en la CALLE000 núm. NUM000 - NUM001 .

6º. No procede acordar la división del inmueble situado en la CALLE001 núm. NUM002 , NUM003 - NUM004 de Barcelona conforme a lo expuesto en los fundamentos de derecho.

7º. No procede la condena en costas debiendo asumir cada Parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad".

Segundo.

Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado; se dio traslado a la contraria, con el resultado que obra en las actuaciones y se elevaron las mismas a esta Audiencia Provincial.

Tercero.

Se señaló para votación y fallo el día 4 de septiembre de 2014.

Cuarto.

En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sa. Magistrada Dña. ELENA FARRÉ TREPAT.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia de divorcio de fecha 6 de noviembre de 2013 , ha sido recurrida por la parte demandada en cuanto a la cuantía establecida en la misma en concepto de pensión de alimentos para los hijos. La parte recurrente alega que se ha producido un error en la valoración de la prueba practicada debiendo fijarse la cuantía de 150 euros para cada hijo, en concepto de pensión de alimentos a cargo del padre, en lugar de los 300 euros para cada hijo que se ha fijado en la sentencia recurrida.

La parte demandante y el ministerio fiscal se han opuesto a la estimación del recurso de apelación interpuesto, solicitando que se confirme la sentencia recurrida.



www.civil-mercantil.com

Segundo.

Teniendo en cuenta que las partes implicadas en este procedimiento son de nacionalidad china, y también por el hecho de que uno de los hijos del matrimonio reside en aquel país, es preciso referirse, en primer lugar, a la competencia de los tribunales españoles para el conocimiento de las materias que se han planteado en este procedimiento.

Así se establece en el artículo 36 de la LEC, que regula la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles y establece que la misma se determinará conforme a lo dispuesto en la LOPJ y los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, debiendo abstenerse de conocer en el supuesto de que no concurra la necesaria competencia internacional, decisión que se adoptará de oficio, con audiencia de las partes y del ministerio fiscal (art. 38 LEC).

Por el hecho de tener ambas partes su residencia habitual en Barcelona la competencia para la declaración de divorcio corresponde a los tribunales españoles, y concretamente a los tribunales de Barcelona, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.1 a) del R.2201/2003 y 769 LEC. La ley aplicable al divorcio es la española, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento 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, por tener ambos cónyuges su lugar de residencia en Barcelona y no haber elegido otra ley aplicable conforme a la posibilidad que ofrece el artículo 5 del mismo texto.

Los tribunales españoles también son competentes para dirimir las medidas personales, derivadas de la responsabilidad parental, referidas a los hijos menores de edad. En primer lugar, en relación con los tres menores que residen en Barcelona, la competencia de los tribunales españoles se deriva de lo dispuesto en el artículo 8 del R. 2291/2003. La competencia de los tribunales españoles en relación con el menor que actualmente se encuentra residiendo en China con sus abuelos maternos se desprende de lo dispuesto en el artículo 12.1, del mismo texto legal, por el hecho de que a pesar de que el menor no reside en Barcelona, sino en China al cuidado de los abuelos maternos, puede considerarse que en este caso ambos progenitores continúan ejerciendo la responsabilidad parental respecto del mismo, adoptando las decisiones inherentes a la misma y con la previsión de que en un futuro pueda trasladarse a Barcelona. No se ha cuestionado por parte de los progenitores la competencia de los tribunales españoles para la adopción de todas las medidas referidas a todos los hijos, y la adopción de estas medidas responde al interés del menor, como se concluye de la aplicación de la presunción establecida en el mismo artículo 12.4 del Reglamento 2201/2003.

La competencia respecto de la obligación de abonar alimentos por parte de ambos progenitores para los hijos, se regula en el artículo 3 del reglamento 4/2009, por el hecho de tener el demandado su residencia habitual en Barcelona.

Tanto en relación con las medidas personales como respecto de la obligación de alimentos es aplicable la ley española, conclusión que se alcanza, en relación con las medidas personales, por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 del CH de 1996 y respecto de la obligación de alimentos por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento 4/2009, que remite al protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias al cual se ha adherido la Comunidad Europea por decisión de 30 de noviembre de 2009. El protocolo sobre obligaciones alimenticias, en su artículo 3.1 establece que las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del estado de la residencia habitual del acreedor, y en el artículo 4.3, se indica que, no obstante lo dispuesto en el artículo 3, se aplicará la ley del foro si el acreedor ha acudido a la autoridad competente del estado de la residencia habitual del deudor. La ley española y, en concreto el CCCat, es de aplicación



www.civil-mercantil.com

tanto en relación con la obligación de alimentos de los menores que residen en Barcelona, como respecto del que vive en China.

Por último, la competencia para la solicitud de la división de los bienes de los esposos, que ha sido formulada en la demanda, también corresponde a los tribunales españoles, en este caso en virtud de lo dispuesto en el artículo 22 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece la competencia en el orden civil de los tribunales españoles con carácter exclusivo en materia de derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se encuentren en España.

Tercero.

Sentada la competencia de los tribunales españoles en relación con los objetos que se han planteado en este procedimiento, procede entrar a valorar los motivos que se alegan en el recurso de apelación formulado, que se circunscribe a la cuantía de la pensión de alimentos establecida en la sentencia de divorcio para los hijos. En relación con el mismo es de aplicación lo dispuesto en el artículo 237-9 del CCCat, en el que se establece que la cuantía de los mismos se determina en proporción a las necesidades del alimentado y a los medios económicos y posibilidades de la persona o personas obligadas a prestarlos. Por ello, deberá tenerse en cuenta la situación económica de ambos progenitores así como las necesidades de los hijos menores de edad.

Sin embargo, en este procedimiento, a través de los medios de prueba aportados por ambos progenitores, no ha resultado acreditada la situación económica de las partes implicadas. Por una parte, en relación con la parte recurrente consta en estas actuaciones que el demandado regentó el negocio de los bares: Chivito 1 y Chivito 2, durante los años 2011 y 2012, con unos ingresos de explotación íntegros de 191.572 euros, durante el año 2011, si bien una vez deducidos todos los gastos, los ingresos netos ascendieron a 2.064,12, y unos ingresos de explotación de 237.820,47 euros, durante el año 2012, si bien una vez restados los gastos deducibles sus ingresos netos ascendieron a 3.799,51 euros. Acredita tener pendientes de pago deudas con la seguridad social, que ascienden a más de 10.000 euros. En la actualidad, concretamente desde el mes de abril de 2013, trabaja para la sociedad Jin Zhu Barcelona, S.L., como camarero de nivel 4D, aportando nóminas que acreditan ingresos de 679,67 euros. La referida sociedad es la arrendataria de los locales de negocio, y está constituida por los padres del demandado.

La actora, manifiesta obtener unos ingresos de unos 1000 euros al mes y en su declaración del IRPF correspondiente al ejercicio 2012 los rendimientos declarados como estimación objetiva, del negocio bar que regenta, ascendieron a 16.077,48 euros. No se planteado controversia en relación con el hecho de que las hipotecas suscritas para la adquisición de las viviendas, de las que ambos progenitores son copropietarios, son abonadas actualmente por los padres del demandado.

Contrariamente a lo que indica la parte del recurrente no se incurre en la resolución dictada en un error en la valoración de la prueba, ya que en la misma no se atribuye la propiedad de los locales al demandado, ni de los negocios, sino que se indica que el demandado trabaja como asalariado en los establecimientos que son propiedad de sus padres, no refiriéndose a los locales, -que son arrendados a un tercero-, sino a los negocios de los bares. En el sentido indicado en la resolución recurrida no puede considerarse suficientemente acreditado que los únicos ingresos del demandado asciendan a la nómina que ha aportado ni que su ocupación real en los establecimientos sea la que consta en la nómina, teniendo en cuenta la relación de hijo único que le vincula con sus padres. Por otra parte, si bien el demandado ha manifestado que los negocios sólo le generaban pérdidas, sin embargo, en la actualidad el mismo negocio está permitiendo a los padres el pago de las hipotecas de las



www.civil-mercantil.com

viviendas adquiridas durante el matrimonio y, asimismo, el pago de los locales en los que se encuentran los negocios, que ascienden a un total de 4.456 euros cada mes. La parte demandada no ha acreditado suficientemente el motivo del traspaso del negocio a sus padres, ya que no se concluye que el mismo no haya sido y continúe siendo, un negocio rentable.

Si bien no puede considerarse probado que el demandado no se encuentre en disposición de asumir la obligación económica establecida en la sentencia recurrida, sin embargo, no ha sido cuestionado por la parte recurrida que actualmente los menores acuden a una escuela pública, por lo que sus gastos de escolaridad no son elevados. Por otra parte, el régimen de visitas establecido en la sentencia es amplio, correspondiendo al padre los fines de semana alternos, desde el viernes a la salida de la escuela hasta el lunes a la entrada en el centro escolar, y dos días entre semana con pernocta las semanas en las que no le corresponda al padre el fin de semana, así como la mitad de las vacaciones escolares de verano, Navidad y semana Santa. Todo lo cual conduce a esta sala considerar que procede reducir a 230 euros para cada hijo la pensión de alimentos a abonar por el padre a la madre, en la forma establecida en la sentencia de divorcio y con efectos desde la fecha de esta resolución.

Cuarto.

La estimación en parte del recurso de apelación interpuesto comporta que no se condene a ninguna de las partes al pago de las costas causadas en el recurso de apelación (artículo 398. 2 LEC)

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Basilio contra la sentencia dictada por el juzgado de Violencia sobre la Mujer número 2 de Barcelona en fecha 6 de noviembre de 2013 en los autos de Divorcio Contencioso número 67/2013, de que el presente rollo dimana y en el que ha intervenido el Ministerio Fiscal, que se revoca parcialmente en el sentido de fijar en 230 euros al mes la cuantía a abonar por el padre a la madre en concepto de pensión de alimentos para los hijos, en la forma que se establece en la resolución recurrida, con efectos desde la fecha de esta resolución. No se imponen las costas del recurso a ninguna de las partes.

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.

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.

PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.