

Roj: STS 972/2015 - ECLI:ES:TS:2015:972
Id Cendoj: 28079110012015100123

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 914/2014

Nº de Resolución: 171/2015

Procedimiento: CIVIL

Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Marzo de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de procedimiento de divorcio contencioso nº 792/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Barcelona, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Tomás , representado ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Javier Segura Zariquiev; no ha comparecido la parte recurrida doña Silvia . Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Angel Joaniquet Tamburini, en nombre y representación de doña Silvia , interpuso demanda de juicio sobre demanda de divorcio, contra don Tomás y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia por la que acuerde el divorcio y la adopción de medidas consistentes en atribución de la guarda y custodia de los hijos comunes, con potestad compartida, régimen de estancias, pensión de alimentos para la esposa de 15.000 euros, uso y disfrute del domicilio familiar, pensión de alimentos para los hijos de 16.500 euros y 30.000 euros de litis expresas.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2. El procurador don Javier Segura Zariquiev, en nombre y representación de don Tomás , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: 1. Se declare la disolución del matrimonio por divorcio a causa de disolución profunda e irreparable y que se declare que D Silvia es el cónyuge culpable de la disolución matrimonial pretendida.

2. La responsabilidad paterna de los menores sea ejercida de forma compartida por ambos progenitores y la guarda y custodia de los hijos menores de edad del matrimonio, Dulce , Celso y Mercedes , sea atribuida en exclusiva al padre, con un régimen amplio y flexible de contacto entre la madre y los hijos. Subsidiariamente, que se mantenga la atribución de la guarda y custodia compartida entre ambos progenitores.

3. Se establezca como régimen de visitas y comunicaciones de los progenitores con sus hijos, el acordado en sede de medidas provisionales, en concreto que cada uno de los progenitores los tenga consigo en períodos de quincenas alternas, siendo el lunes, el día de intercambio en el régimen de visitas.

4. Se fije como régimen de estancias vacacionales el acordado en sede de medidas provisionales, esto es por mitad, escogiendo la madre los años pares y el padre los impares.

5. Se mantenga la obligación del padre de contribuir en todos los gastos ordinarios y extraordinarios de los menores, tanto de educación como de actividades extraescolares, ropa, calzado, higiene, ocio, viajes

y traslados, y alimentación de los niños mientras estén bajo su guarda, asumiendo la madre exclusivamente los de alimentación cuando los tenga a su cuidado.

6. Se atribuya el uso del domicilio familiar sito en Bulgaria a mi representado junto con los hijos del matrimonio.

7. No se haga atribución expresa del uso de la vivienda de Barcelona. Y subsidiariamente, para el caso de que se atribuya el uso de la esposa, se declare su obligación de asumir los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual al ser el cónyuge beneficiario del derecho de uso.

8. La hipoteca que grava la vivienda de Barcelona sea abonada por ambos cónyuges por mitad al ser cotitulares y estar obligados por mitad al pago de dicho préstamo hipotecario.

9. No se declare la disolución del régimen económico matrimonial al no ser objeto del presente procedimiento de divorcio, de conformidad con lo establecido en el código de familia búlgaro.

10. Se desestimen el resto de pronunciamientos solicitados por la adversa, concretamente la solicitud de una pensión compensatoria a favor de la esposa.

Y todo ello con expresa condena en costas a la parte actora habida cuenta su mala fe y temeridad.

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y practica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 25 de octubre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO: *Que estimando parcialmente la demanda de divorcio entre doña Silvia y don Tomás debo acordar:*

1. *La disolución del vínculo matrimonial por divorcio del matrimonio celebrado por doña Silvia y D. Tomás el 15 de Septiembre de 1996 en Sofía (Bulgaria).*

2. *Acordar. las siguientes medidas definitivas:*

1ª) *La atribución de la custodia de los menores a ambos progenitores por periodos de dos semanas, de lunes a lunes, debiéndose ejercer en Sofía (Bulgaria) y teniendo compartida también la responsabilidad parental, debiendo decidir conjuntamente sobre los asuntos de interés se presenten en la vida de los hijos como el cambio de domicilio o de escuela, tratamiento médico.*

2º) *Se establece que el régimen de estancias vacacionales sea por mitad, escogiendo la madre los años pares y el padre los impares, debiendo facilitar el padre pasaportes de los menores para el caso de que la madre decida disfrutar de las vacaciones escolares de sus hijos fuera de aquel país.*

3º) *El padre asumirá todos los gastos, ordinarios y extraordinarios, de los menores, tanto de educación como de actividades extraescolares, ropa, calzado, higiene, ocio, viajes y traslados, gastos de hipoteca del domicilio familiar en Bulgaria, y alimentación de los niños mientras estén bajo su guarda, asumiendo la madre exclusivamente los de alimentación cuando los tenga a su cuidado.*

4º) *El uso del domicilio familiar sito en Bulgaria. se atribuye al padre pero los periodos que la madre tenga la custodia de los menores, el padre deberá abandonar el domicilio y permitir el uso a ésta con los niños.*

5º) *Se establece una pensión alimenticia con cargo al esposo y a favor de la esposa de 2000 euros. al mes, pagaderos los cinco primeros días de cada mes y actualizable anualmente conforme al IPC, durante un plazo de 18 meses a contar desde la notificación de la sentencia.*

6º) *La disolución del régimen económico matrimonial.*

No se hace especial condena en costas.

Firme que sea esta sentencia, procedase a su inscripción en el Registro Civil.

Con fecha 19 de noviembre de 2012, dictó auto aclaración cuya parte dispositiva ACUERDO: *Aclarar la sentencia dictada por este Juzgado en fecha veinticinco de Octubre de dos mil doce en el sentido de que si no existe hipoteca sobre el domicilio de Sofía, el padre no deberá pagarla, debiendo eso sí, asumir los gastos de suministros de esa vivienda como contribución a los alimentos de sus hijos y, en cuanto a los gastos derivados de la propiedad del inmueble de Sofía, deberá estarse a lo dispuesto en la Ley búlgara. Nada procede acordar respecto de la hipoteca y demás gastos derivados de la propiedad y uso del inmueble de Barcelona .*

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Silvia y don Tomás . La Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 18 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que, estimando en parte los recursos de apelación de Doña Silvia -parte actora- y de Don Tomás , contra la sentencia de fecha 25 de octubre de 2012 , aclarada por auto de 19 de noviembre de 2012, del Juzgado de 1 Instancia nº DIECISÉIS de BARCELONA , sobre divorcio, en el que también ha sido parte apelada el MINISTERIO FISCAL, debemos revocar y REVOCAMOS EN PARTE la resolución recurrida y*

1) *Confirmamos la decisión de no retorno de los menores Celso y Mercedes . A los meros efectos informativos, la secretaría de este tribunal remitirá, mediante la Autoridad Central Española, testimonio de esta sentencia al Tribunal de Apelación de Sofía, Sala de lo Civil, Sección 8-*

2) *La secretaría de este tribunal remitirá, mediante la Autoridad Central Española, testimonio bastante de esta resolución al Tribunal Regional de Sofía, Sección Civil III, Sala 86, con copia de la demanda sobreseída (folios 466 ss.) y de la resolución de sobreseimiento (folios 519 ss), para que manifieste si asume la jurisdicción para los aspectos de responsabilidad parental y alimentos de los menores Dulce , Celso y Mercedes .*

3) *Hasta el momento en que la autoridad judicial búlgara se manifieste sobre su competencia, las medidas sobre guarda, alimentos y domicilio de los menores adoptadas en la sentencia de primera instancia se mantendrán vigentes, y quedarán sin efecto si los tribunales búlgaros admiten su competencia. En caso contrario, procederá resolver sobre la apelación de esos aspectos.*

4) *Con efectos desde enero de 2014, fijamos una pensión alimenticia en favor de la Sra. Silvia de quince mil (15.000) euros al mes, a satisfacer por el Sr Tomás , que ingresará, por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que la beneficiaria designe y actualizará, sin necesidad de ser requerido a ello, el primero de enero de 2015 según la variación que haya experimentado el IPC de Cataluña, o índice que lo sustituya, en los doce meses anteriores. El plazo de devengo será hasta octubre de 2015, incluido.*

5) *Atribuimos a la Sra. Silvia el uso del domicilio, y su ajuar, sito en Barcelona, CALLE000 , número NUM000 . La atribución tiene el mismo plazo que la pensión anterior.*

Denegamos cualquier otra pretensión, confirmamos la sentencia apelada en todo lo demás con la reserva sobre las cuestiones relativas a la custodia, alimentos y domicilio de los menores, y no hacemos especial declaración condenatoria sobre las costas de la alzada.

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso de casación** la representación de don Tomás con apoyo en los siguientes **MOTIVO: PRIMERO.-** Alega la existencia de interés casacional por oposición a la Doctrina de Tribunal Supremo, sobre alegación y prueba del Derecho extranjero, al no haber aplicado correctamente el Derecho Búlgaro en los términos que resulta del Código de Familia Búlgaro vigente.

Igualmente interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** con apoyo en los siguientes **MOTIVO: PRIMERO.-** Infracción del art. 218.1 de la LEC , alegando incongruencia de la sentencia puesto que no resolvió sobre la declaración de culpabilidad interesada y motivadora de la disolución del matrimonio, máxime cuando tal declaración es obstativa a la pensión de alimentos reclamada por la esposa. Añade que el no haber resuelto sobre el pronunciamiento de culpabilidad interesado constituye una infracción procesal que afecta al art. 24 CE . **SEGUNDO.** - Se alega la infracción de los arts. 216 y 218.1 de la LEC , refiriendo también incongruencia al haber resuelto la sentencia recurrida la cuestión en contradicción con el Derecho Búlgaro aplicable, al confundir la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, acordando una pensión alimenticia no ajustada al Derecho Búlgaro. **TERCERO.-** Se reiteran las mismas infracciones.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha cuatro de noviembre de 2014 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día once de marzo de 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Jose Antonio Seijas Quintana,**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso trae causa de un procedimiento de divorcio iniciado por doña Silvia en el que además del divorcio solicitaba la adopción de medidas consistentes en la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores, con patria potestad compartida, régimen de estancias, pensión de alimentos para los hijos, pensión compensatoria, uso y disfrute del domicilio familiar y litisexpensas.

En la contestación a la demanda, el marido, don Tomás, no se opuso al divorcio pero solicitó la declaración de culpabilidad de la disolución del matrimonio, responsabilidad parental conjunta, guarda y custodia paterna y, subsidiariamente, la custodia y régimen acordado provisionalmente, manteniendo el modo de contribuir a los gastos de los hijos establecido en sede de medidas, con atribución del uso del domicilio familiar al padre con los hijos y sin pronunciamiento respecto al uso de la vivienda en Barcelona, interesando, para el caso de que se atribuya el uso y disfrute de esta vivienda a la esposa, que sea ella la que contribuya a los gastos de la vivienda.

En lo que ahora interesa, la sentencia recurrida en casación aplicó el Código de Familia Búlgaro; considera que la declaración de culpabilidad no fue solicitada en la demanda y tampoco lo fue por medio de reconvencción y fija como pensión de alimentos 15.000 euros al mes por lo que resta de tres años desde la sentencia de primera instancia hasta octubre de 2015 incluido, considerando que esta ha venido percibiendo una pensión manifiestamente inferior al nivel de vida que tenía la familia antes de la ruptura y continua teniendo el esposo.

Don Tomás formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación, a los que se ha opuesto el Ministerio Fiscal.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO.- Formula tres motivos:

a) En el primero alega incongruencia de la sentencia puesto que no resolvió sobre la declaración de culpabilidad interesada y motivadora de la disolución del matrimonio, máxime cuando tal declaración es obstativa a la pensión reclamada por la esposa. Añade que el no haber resuelto sobre el pronunciamiento de culpabilidad interesado constituye una infracción procesal que afecta al artículo 24 CE.

b) En el segundo se alega infracción de los artículos 216 y 218.1 de la LEC, refiriendo también incongruencia al haber resuelto la sentencia recurrida la cuestión en contradicción con el Derecho Búlgaro aplicable, al confundir la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, acordando una pensión alimenticia no ajustada al Derecho Búlgaro.

c) En el tercero se reiteran las mismas infracciones.

Todos ellos se desestiman.

1.- No hay incongruencia. La sentencia recurrida da adecuada respuesta a la petición de declaración de culpabilidad, a la que se asocia la pensión alimenticia, y lo hace para desestimarla. En primer lugar, porque no fue introducida en la demanda. Para pedir la declaración de culpabilidad del esposo o negarla de sí misma, dice la sentencia, y no ha sido contradicho, debió hacerse mediante reconvencción, según la norma procesal española, esto es el artículo 770.2ª LEC, puesto que el tribunal no se ha de pronunciar de oficio, según se desprende del artículo 49.3 del Código de Familia búlgaro. En segundo, porque, en cualquier caso, lo único que se desprende de la prueba es que tras la crisis matrimonial ambas partes han reanudado su vida sentimental, no pudiéndose culpabilizar de la ruptura a ninguna de ellas.

2.- La sentencia concede alimentos. La pensión que reclama la demandante, señala la sentencia, está regulada en el artículo 145 del Código de Familia búlgaro. Se trata de una pensión alimenticia, con un plazo máximo de tres años, salvo mayor duración por motivos excepcionales. Tampoco hay incongruencia

RECURSO DE CASACION.

TERCERO.- En el recurso de casación se alega la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina de este Tribunal sobre alegación y prueba del derecho extranjero, al no haber aplicado correctamente el Derecho Búlgaro en los términos que resultan del Código de Familia Búlgaro vigente. Cita las sentencias de 4 de julio de 2006 y 24 de junio de 2010, que vienen a declarar que cuando se ha acreditado cual es el derecho aplicable, este no puede ser tratado como un mero hecho, sino que es un conjunto de normas jurídicas que deben ser aplicadas por el juez.

En su desarrollo sostiene que el CFB y su interpretación acreditada por la jurisprudencia búlgara, describe el contenido propio del derecho de alimentos en Bulgaria en el capítulo "manutención", regulado

en los artículos 139 y siguientes, siendo así que la sentencia no ha atendido a las prescripciones legales e interpretativas del Código de Familia, en tanto en cuanto atribuye a la demandante una pensión que denomina alimenticia pero que en derecho español equivaldría a una pensión compensatoria, no reconocida en el derecho búlgaro y además lo hace sin cumplir los requisitos que este derecho exige para su reconocimiento (incapacidad para el trabajo, falta de recursos económicos derivados de inmuebles, rentas, dividendos, etc), incluido el de la culpabilidad. También impugna la cuantía que, según resoluciones del Tribunal Supremo, "no tiene que orientar al mantenido a la vida social inútil, de lujo, es decir, no tiene que estimular el uso de la manutención para fines ajenos a su destino".

Se desestima.

El motivo mezcla cuestiones de hecho y de derecho. Ya se ha resuelto en el recuso anterior sobre la culpabilidad. La pensión que reclama la demandante está en el artículo 145 del CFB. Se trata de una pensión alimenticia que se concede conforme a las exigencias de este derecho y se cuantifica a partir de una justa ponderación de los recursos de ambos esposos, que no han sido cuestionados. Según los hechos probados de la sentencia, no combalidos en debida forma la esposa carece de ingresos y la capacidad económica del esposo es muy importante, " *empresario internacional en el sector turístico e inmobiliario. No resulta posible, por el entramado de sociedades instrumentales, algunas en paraísos fiscales, cifrar sus ingresos reales, pero el montante de la propia hipoteca antes señalado, los gastos del inmueble (unos 3.000 euros mensuales), los viajes de la familia, etc. llevan a la conclusión de que el esposo puede atender sobradamente las necesidades de la esposa a tenor de los gastos acreditados*".

CUARTO.- La desestimación de los recursos, determina la condena en costas al recurrente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º.- Desestimar los recursos interpuestos por don Tomás, contra la sentencia dictada el 18 de diciembre de 2013 por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 302/2013 -B.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- Imponer las costas de ambos recursos a la parte recurrente.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Jose Antonio Seijas Quintana**. Antonio Salas Carceller. Eduardo Baena Ruiz Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Jose Antonio Seijas Quintana**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.