

**SAP Barcelona 17 abril 2007**

(= Ley aplicable al régimen económico matrimonial)

***Cuestiones:***

- 1º) ¿Qué incidencia presenta la inconstitucionalidad del art. 9.3 CC en su redacción de 1974, en el presente supuesto?
- 2º) ¿Qué implicaciones de Derecho interregional se observan en este caso?
- 3º) ¿Por qué aplica el sentenciador el Derecho alemán?
- 4º) ¿Cómo se acredita en este caso el Derecho alemán?
- 5º) ¿Qué indica la sentencia en relación con la alegación del Derecho extranjero?

**SAP Barcelona 17 abril 2007**

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- La sentencia no contiene pronunciamiento alguno sobre la petición de pensión de alimentos para los hijos formulada por el demandado en la contestación en reclamación de 400 euros mensuales, incurriendo en incongruencia omisiva, pues no consta que la parte demandada haya prestado durante el proceso su conformidad a que no se fije pensión alguna a cargo de la madre. Tanto el apelante como el Ministerio Fiscal impugnan la ausencia de pronunciamiento sobre este extremo, por lo que procede examinar en esta alzada las necesidades de los hijos y situación económica de ambos progenitores en orden a determinar la pensión de alimentos de los cuatro hijos del matrimonio a cargo de la madre, entendiendo que la obligación de alimentos de los hijos es una obligación de Derecho natural, de alto contenido ético y de inexcusable cumplimiento, por lo que el convenio privado suscrito por ambas partes el 30 de julio de 2004, en el que se determinaba que la madre satisfaría los alimentos a sus hijos acogidos y manteniéndolos en su propia casa, sin contemplar prestación alguna, no puede condicionar lo que debe acordarse en esta resolución. Tal como exige el artículo 76 del Codi de Família, debe establecerse la cantidad que corresponda para los hijos menores y mayores de edad, a cuyo efecto debe examinarse la capacidad económica de ambos progenitores y necesidades de los hijos.

No se han aportado pruebas que acrediten las necesidades alimenticias de los hijos. Se deriva de los escritos de demanda y contestación la conformidad de ambos padres de que los dos hijos mayores de edad precisan pensión de alimentos, ya que por ninguno de ellos se ha afirmado que tengan medios de vida propios, y tanto la demandante en su escrito de demanda, como el demandado en la contestación reclaman alimentos para los mismos. Solamente se ha probado que el hijo Michel cursa sus

estudios en un Instituto, sin que se hayan aportado pruebas o documentos que acrediten gastos especiales o extraordinarios al margen de los propios de su edad y respecto a la menor Iris, se ha probado que está cursando sus estudios de bachillerato en l'Escola Cervetó con un coste mensual de 282 euros, aun cuando al iniciarse el proceso cursaba sus estudios de secundaria en el mismo instituto que su hermano. Atendida la falta absoluta de prueba en cuanto a las necesidades alimenticias de los cuatro hijos del matrimonio, se estima que las mismas no exceden de los gastos usuales para alimentación, vestido, vivienda y estudios.

En cuanto a la capacidad económica del padre, debe destacarse la dificultad de determinar los ingresos concretos que percibe por su trabajo. Se han aportado las Declaraciones de la Renta correspondientes a los ejercicios 2003 y 2004 en los que aparece una Base Imponible de 14.200 euros y 12.950 euros respectivamente, pero los ingresos que se desprenden de las declaraciones fiscales no se corresponden con la situación económica disfrutada por la familia antes de la separación, ni se compaginan con los compromisos asumidos por el esposo en el convenio privado que firmaron ambas partes el 30 de julio de 2004, convenio que no fue ratificado ante la autoridad judicial. Aun cuando esta cuestión será objeto de examen más detallado, baste decir ahora, que durante la convivencia matrimonial, ha sido el padre el que ha asumido todos los gastos de la familia compuesta por su esposa y cuatro hijos, y su situación le ha permitido además adquirir dos viviendas en propiedad, aun cuando hayan suscrito los correspondientes préstamos para su adquisición. Es por ello que se estima que tiene capacidad económica suficiente para cubrir la mayor parte de los gastos de sus hijos, aun cuando ello no implique que toda la carga alimenticia deba recaer sobre la persona del padre, en tanto no concurren causas que justifiquen exonerar de la obligación de alimentos a la madre.

Respecto a la situación económica de la esposa, no consta que tenga ingresos propios procedentes de un trabajo, aun cuando se encuentra inscrita en la Bolsa de Trabajo Municipal desde abril de 2002, habiendo realizado un curso de formación. Consta que ha realizado desde diciembre de 2002 algunas colaboraciones realizando talleres para una asociación cultural, pero los ingresos percibidos son escasos y carecen de estabilidad. No obstante lo anterior, no aparece concurra causa alguna que la incapacite para realizar algún trabajo que le permita cumplir con la obligación de alimentos que tiene frente a sus hijos, por lo que procede establecer una cantidad mínima en este concepto, atendida por otra parte la capacidad económica del padre acreditada en este procedimiento de forma indirecta, cantidad que tal y como ha sido solicitado en la contestación a la demanda y por el Ministerio Fiscal, no puede ser inferior a la de 100 por hijo. En consecuencia procede estimar el recurso de apelación planteado sobre este extremo y fijar en concepto de alimentos a cargo de la madre la suma de 400 mensuales a favor de los hijos, cantidad que deberá ser abonada en los términos que se dirán en la parte dispositiva de esta resolución.

**SEGUNDO.- ....**

**TERCERO.-** La sentencia no se ha pronunciado sobre el régimen económico del matrimonio, cuestión sobre la que se ha centrado parte del litigio, entendiéndose que el procedimiento de familia no es la sede adecuada para su discusión, debiendo acudir las partes al procedimiento declarativo correspondiente. La parte apelante solicita un expreso pronunciamiento sobre este extremo, alegando en síntesis que es contrario al principio de economía procesal dejar a las partes a merced de un nuevo procedimiento judicial, cuando en el presente se han aportado todos los datos para que pueda

resolverse sobre la cuestión planteada. La Sala comparte el criterio mantenido por el recurrente cuando afirma que no procede enviar a las partes a otro procedimiento, cuando en el presente puede resolverse sobre la cuestión planteada, pues ello iría en detrimento del principio de economía procesal.

Si nos atenemos al contenido u objeto que la ley, tanto sustantiva como procesal, determina respecto al procedimiento matrimonial, puede considerarse que la determinación del régimen económico matrimonial puede constituir el objeto de un procedimiento de familia.. El artículo 76 del Codi de Família, no contempla como medida derivada del pronunciamiento de separación, nulidad o divorcio, la determinación del régimen económico matrimonial, pero sí contempla como posible contenido, en su caso, la liquidación del régimen o la división de los bienes comunes, lo que implica la determinación previa del régimen, determinación que se ha efectuado en muchos supuestos por parte de los Tribunales cuando no surge contienda, o resulta de forma clara e incontestable, cual es el régimen económico del matrimonio. En estos supuestos, los Tribunales, tal y como alega el recurrente citando algunas sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, se han pronunciado en el procedimiento matrimonial sobre esta cuestión, y también en aquellos supuestos en los que la determinación del régimen constituye un presupuesto necesario para reconocer o no la compensación económica del artículo 41 del Codi de Família, que solo puede reconocerse cuando el régimen económico es el de separación de bienes y solo puede solicitarse en el primer procedimiento en el cual se solicite la separación, el divorcio o la nulidad (art. 41 del Codi) . En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 3 de marzo de 2003. Asimismo el artículo 774 de la LEC contempla como medidas definitivas las relativas a los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías. Ello nos lleva a concluir que en los supuestos en que se hayan aportado por ambas partes los elementos de prueba pertinentes para resolver sobre la cuestión, no existe obstáculo legal alguno para entrar en el examen de la cuestión debatida y resolver sobre el tema. En el caso de autos, ambas partes están pidiendo un pronunciamiento al respecto, manteniendo cada uno de ellos una tesis distinta.

Como hechos que deben ser tomados en consideración se relacionan los siguientes: el matrimonio se celebró en 1985 en Alemania; en el momento de contraer matrimonio el esposo tenía nacionalidad española y vecindad común, pues nació en Madrid y se alega que adquirió vecindad catalana por residencia continuada de diez años con posterioridad a trasladarse a Catalunya en 1991; la esposa en el momento de contraer matrimonio es de nacionalidad suiza; ni antes ni después de contraer matrimonio se han otorgado capitulaciones matrimoniales; mediante escritura de 24 de febrero de 1994, los esposos adquieren la vivienda que ha constituido el domicilio familiar, se hace constar en la escritura que se hallan sujetos al régimen legal de gananciales del Código Civil y se inscribe el dominio de la misma con carácter ganancial; el esposo es titular de arrendamiento financiero y derecho de opción de compra sobre una finca de la calle Josep Tarradellas de Granollers en virtud de escritura otorgada el 3 de abril de 1998, en cuya escritura se hace constar que el esposo es de vecindad civil catalana y que está casado en régimen de gananciales, inscribiéndose el arrendamiento financiero y el derecho de opción de compra con carácter presuntivamente ganancial; mediante escritura otorgada el 26 de febrero de 2004, el esposo adquiere la vivienda de la DIRECCION000 de Cardedeu y en la meritada escritura se expresa que está casado en régimen de separación de bienes; por último en

el convenio regulador suscrito por ambos cónyuges de continuada referencia de 30 de julio de 2004, se hace constar que el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes y se pacta incluso una compensación económica a favor de la esposa al amparo del artículo 41 del Codi de Família. Dicho Convenio no fue ratificado y por tanto no fue homologado por el Juez, pues caso contrario, no procedería discutir aquí la cuestión.

Respecto a las manifestaciones contenidas en las escrituras públicas otorgadas durante el matrimonio y en el convenio regulador suscrito, merece especial atención la indefinición del régimen económico matrimonial que se desprende de la propia actuación de los cónyuges, pues en dos de las escrituras otorgadas se hace constar que el régimen económico del matrimonio es el de la sociedad de gananciales y en una tercera y en el convenio se hace constar que es el de separación de bienes. Se da la circunstancia, que las dos primeras, en las que se afirma el carácter ganancial de los bienes fueron otorgadas en 1995 y en 1998, en una época lejana a la crisis matrimonial, mientras que en la tercera, en la que se afirma que el régimen económico del matrimonio es el de separación de bienes es inmediatamente anterior a la firma del convenio regulador de separación. Frente a tal apreciación, cabe destacar no obstante, que la declaración de un régimen económico matrimonial determinado en un documento público no tiene virtualidad probatoria suficiente para su determinación, por cuanto el valor o eficacia probatoria del documento público se extiende al contenido del mismo, pero no a las calificaciones jurídicas que se incluyen, el notario da fe del hecho que motivó el otorgamiento y de la fecha, pero no de las manifestaciones vertidas por los comparecientes o por terceros. Con todo ello se concluye que las circunstancias anteriormente relacionadas no pueden ser tenidas en consideración en orden a determinar el régimen económico matrimonial, ni siquiera para poder invocar el principio de seguridad jurídica o dar consistencia a la doctrina de los propios actos.

Las normas de conflicto son aplicables de oficio (art. 12 del CC) y la norma de aplicación vigente al tiempo de contraer matrimonio ha sido declarada inconstitucional por sentencia del TC de 14 de febrero de 2002. Dicha norma era el artículo 9,2 del CC que se remitía a la ley del marido al tiempo de la celebración como norma de conexión, y la misma no puede aplicarse, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en sentencia de 17 de febrero de 2004. Debe por tanto integrarse la laguna resultante de la inaplicación de la norma preconstitucional y para dicha integración se debe acudir a un punto de conexión neutro, objetivo y común a ambos consortes, como puede ser la ley del lugar de residencia del matrimonio después de la celebración, que en definitiva es el criterio al que se llega si se aplica la solución contemplada en el artículo 107 del Código Civil ha sido la norma de conflicto establecida en el artículo 9,2 después de la reforma operada por Ley 11/1990 de 15 de octubre.

La parte recurrente mantiene en el recurso y en el escrito de alegaciones presentado después de poner en su conocimiento que pudiera resultar aplicable el Derecho Alemán para determinar el régimen económico matrimonial, que resulta aplicable el Derecho catalán. No puede acogerse la argumentación de la parte recurrente, en virtud de la inmutabilidad del régimen económico del matrimonio que queda determinado en el momento de su celebración, salvo capitulaciones matrimoniales otorgadas con posterioridad, no siendo este el caso, por cuanto, y según la propia manifestación del demandado, se trasladaron a vivir a Catalunya en 1991, once años después de haber contraído matrimonio y es diez años después, cuando adquiere la vecindad catalana por residencia. La esposa adquiere la nacionalidad española en 2002. Si bien la legislación

aplicable al divorcio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 107 del Código Civil, es el Codi de Família, el régimen económico del matrimonio no es el que con carácter supletorio determina dicha legislación, pues en el momento de contraer matrimonio en el año 1985, no existía vinculación posible alguna, ni proximidad a la misma, ya que el esposo era nacional español con vecindad común y la esposa era de nacionalidad suiza. En consecuencia el Codi de Família no resulta aplicable para determinar el régimen económico del matrimonio en el presente supuesto.

La debida aplicación de la norma de conflicto, como se ha señalado anteriormente, nos conduce a la aplicación del Derecho Alemán, ordenamiento jurídico que no ha sido alegado por ninguna de las partes durante el proceso, lo que plantea el problema de la introducción de dicho ordenamiento dentro del proceso. La parte recurrente ha mantenido en el escrito de alegaciones aportado en esta alzada, la inaplicabilidad del Derecho Alemán por falta de alegación. Al respecto cabe citar la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo que en sentencias de fecha 17 de julio de 2001 y 5 de marzo de 2002, entre otras, ha mantenido la aplicación del Derecho nacional cuando el Derecho extranjero no haya sido probado, para huir del vacío jurídico y evitar indefensión. Pero cabe destacar también la sentencia del mismo Tribunal de fecha 4 de julio de 2006 que viene a señalar que el "derecho extranjero se aplica porque lo exige la norma de conflicto.... El derecho extranjero es tratado como un hecho y por ello debe ser objeto de alegación y prueba, y cuando se ha demostrado al Juez cual es derecho aplicable, éste no puede ser tratado como un mero hecho, porque es un conjunto de normas jurídicas". El Tribunal Supremo en una sentencia anterior de fecha 10 de junio de 2005 llega a afirmar que no es necesaria la alegación del derecho extranjero al mantener que "la norma jurídica extranjera viene designada por la de conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento que el Tribunal debe aplicar de oficio. Como consecuencia el derecho extranjero no tiene que ser alegado" y finalmente cabe citar la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de enero de 2000 que pese a considerar el derecho extranjero como un hecho, otorga relevancia a la labor de los órganos judiciales en la búsqueda y prueba del ordenamiento extranjero que resulte aplicable.

De la doctrina anteriormente expuesta, se desprende que resulta incuestionable la aplicación de oficio de la norma de conflicto. La imperatividad de las normas de conflicto faculta a los Jueces y Tribunales a introducir la aplicación del derecho extranjero que se derive de dichas normas en el procedimiento, de manera que no es imprescindible que su aplicación sea alegada por las partes, sino que puede ser introducida de oficio por el Juez. Ahora bien, sobre la aplicación del Derecho extranjero, resulta necesario que las partes puedan hacer alegaciones en sentido contrario, para evitar indefensión, pues nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil otorga al derecho extranjero el tratamiento procesal de los hechos, hasta que son introducidos en el proceso. En el caso de autos, en primera instancia no se puso de manifiesto el Derecho que resultaba aplicable tras aplicar la norma de conflicto correspondiente, por cuanto la Juez a quo, no entró a valorar el fondo de la cuestión planteada y ha sido en esta alzada, cuando se ha puesto en evidencia la aplicación del derecho Alemán, habiéndose dado traslado a las partes para alegaciones, sin que las mismas hayan desvirtuado el razonamiento realizado en los apartados anteriores. En cualquier caso, el art. 281 de la LEC establece que "también serán objeto de prueba la costumbre y el Derecho extranjero....El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación

estime necesarios para su aplicación", por tanto no excluye ni prohíbe la introducción en el proceso del derecho extranjero por parte del Tribunal. Las exigencias del artículo 24 de la Constitución se salvan poniendo en conocimiento de las partes la aplicabilidad del derecho extranjero a la cuestión debatida y esto es lo que se ha efectuado en esta alzada.

La norma de conflicto impone la aplicación del ordenamiento jurídico del lugar de residencia del matrimonio inmediatamente posterior a su celebración, no el del lugar de celebración, como pretende mantener la parte apelada al señalar que contrajeron matrimonio en el consulado español. Consta que residieron varios años en Alemania, lo que determina la aplicación de dicho ordenamiento y si bien es cierto que actualmente los cónyuges carecen de conexión alguna con el Derecho Alemán, sí la tuvieron cuando residieron en dicho país, y es en aquel momento cuando se determinó el régimen económico matrimonial que queda fijado legalmente, salvo pacto en contrario, en el momento de contraer matrimonio, y no puede modificarse salvo que se otorguen capitulaciones matrimoniales.

El régimen legal de bienes salvo que se acuerde otro en capitulaciones matrimoniales es el de participación, conforme a lo que dispone el art. 1363 del BGB. Se dispone en el art. 1384 que en caso de divorcio el momento de la admisión a trámite de la solicitud de divorcio sustituirá a la terminación del régimen patrimonial como el momento temporal para la valoración de las ganancias obtenidas por los cónyuges durante la vigencia de dicho régimen y los arts. 1374 y 1375 determinan que debe considerarse por patrimonio inicial y por patrimonio final.

En consecuencia y por todo lo anteriormente expuesto, procede declarar en este procedimiento que el régimen económico matrimonial es el de participación del Derecho Alemán.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la LEC siendo la estimación parcial, no se hace imposición de costas a ninguna de las partes.

#### FALLAMOS

Que ESTIMANDO EN PARTE el recurso de apelación formulado por la representación de D. Victor Manuel, contra la sentencia dictada en fecha 20 de diciembre de 2005, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Granollers en los autos de Divorcio nº 230/2005 de los que dimana el presente rollo, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS EN PARTE la expresada resolución, acordando:

- El régimen económico matrimonial es el de participación del Derecho Alemán

-----