

SAP Islas Baleares 7 mayo 2010

(= divorcio entre cónyuges argentinos)

Cuestiones:

1º) ¿Qué medios de prueba del Derecho extranjero considera apropiados el sentenciador?

2º) ¿Qué papel juega el reenvío en relación con el art. 107 CC en este caso?

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La sentencia de divorcio dictada en primera instancia, cuyo fallo ha quedado transcrito en los precedentes antecedentes de hecho, es recurrida en apelación por la parte actora, Doña. Magdalena , interesando su revocación parcial y la íntegra estimación de la demanda y, en concreto:

-Que se atribuya el uso y disfrute de la vivienda familiar a las hijas por estar estudiando en la universidad y no ser independientes económicamente y a la madre, debiendo el padre, que abandona el domicilio familiar, llevarse los enseres y ropa personal a cuyo fin se le facilitará la entrada en el domicilio. Asimismo se solicita que el uso y disfrute del ajuar doméstico se atribuya a la esposa, con todos los bienes muebles que en el mismo actualmente existe.

Que se proteja la venta de la vivienda familiar en virtud del art. 211 del Código civil argentino instando esta parte a que se inscriba de oficio dicha protección en el Registro de la Propiedad.

-Se conceda una pensión alimenticia a favor de las hijas de 1.500.- euros mensuales para cada una de ellas, que pagará el padre en la cuenta bancaria que establezca la madre, siendo satisfecha dicha cantidad por mensualidades adelantadas, entre los días 1 a 5 de cada mes. Dicha cantidad se actualizará anualmente, de acuerdo con el IPC o estadística que le sustituya legalmente para la actualización de precios al consumo.

-Se conceda alimentos a la madre por los criterios anteriormente esgrimidos y cuyo montante asciende a 2.000.- euros mensuales revalorizados de acuerdo con el mismo régimen que para la pensión alimenticia de las hijas.

SEGUNDO Con carácter previo a los motivos del recurso hemos de señalar que el artículo 22.3º de la LOPJ atribuye competencia a los Tribunales españoles en materia de nulidad matrimonial, separación y divorcio cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España, cual es el caso. El artículo 107.2 del Código Civil establece que la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges, en el momento de la presentación de la demanda, que en este caso sería la legislación argentina por ser la común a los litigantes, al que además remite el art. 9.2 del mismo código .

Ahora bien, el art. 281.2 de la LEC dispone que deben ser objeto de prueba el Derecho extranjero en lo que respecta a su contenido y vigencia, pues no le alcanza el principio general "iura novit curia". Como señala el TS - sent. 4-7-2006-, el artículo 12-6 CC, disposición semejante al artículo 218-2 LEC en vigor, ha llevado a este Tribunal y a la doctrina que lo ha comentado a la tradicional consideración según la cual el Derecho extranjero es tratado como un hecho y por ello debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, pues lo que se pretende conseguir es que el Tribunal español falle de manera más semejante posible a como lo haría un Tribunal del país cuyo derecho se aplica, y en caso de que las exigencias probatorias no se produzcan deberá aplicarse el Derecho Español (TC 10/2000, 155/2001, 33/02 y TS 23-10-92, 31-12-94 y 9-2-99).

En el caso que nos ocupa, no se han cumplido las exigencias probatorias necesarias para la aplicación del Derecho Argentino del que sólo obra en autos unas copias extraídas de Internet de la Ley Argentina nº 23515 de Divorcio Vincular y, aún caso de entender aplicable esa legislación Argentina, cosa que no se hace, dicha legislación nos remitiría al Derecho español en el art. 164 del Código Civil. Este artículo, utilizado por la Juez a quo para decretar el divorcio con arreglo a la ley española, dispone que: la disolución del matrimonio se rige por la ley del último domicilio de los cónyuges, esto es, la Ley española, por ser España el lugar del último domicilio.

TERCERO Solicita la madre recurrente, en primer lugar, que le sea atribuido a ella y a las hijas, mientras éstas no sean independientes, el uso de la vivienda familiar, sita en Calviá, c/DIRECCION001, nº NUM000, puerta NUM001 y ello sobre la base de que, contrariamente a lo argumentado erróneamente por la Juez a quo, las hijas del matrimonio sí viven en España con sus padres, pero estudian en Argentina y ser el interés de la apelante el más necesitado de protección.

Consideramos que, como acertadamente señala la juzgadora a quo, las dos hijas del matrimonio Jorgelina, nacida el 2-3-1987 y Lucrecia, nacida el 9-6-1989, ambas en Río Tercero Arriba, provincia de Córdoba, Argentina, cursan sus estudios universitarios en Argentina, donde está toda la familia paterna y materna y sólo vienen a España de visita. Jorgelina en concreto ha venido tres veces a Mallorca.

Ambas hijas son mayores de edad, según la ley española, si bien la menor Lucrecia, no lo es según la ley Argentina, pero fue emancipada por sus padres.

Aún cuando ambas sigan empadronadas en Calviá ello no constituye más que un dato que puede no enervar la realidad de su residencia en Argentina, siendo sabido que el lugar de empadronamiento no necesariamente se identifica o coincide con el lugar de residencia.

No nos encontramos ante los supuestos de hijos que se desplazan por razones de estudios a una localidad distinta a la del domicilio familiar en la que permanecen por dicha razón, pero manteniendo la vinculación con el domicilio familiar al que retornan en períodos vacacionales de suerte que mantienen dos lugares de residencia.

Aquí nos encontramos con que las dos hijas han cambiado su residencia y domicilio trasladándose desde Calviá, en España, a Río Tercero, Argentina, no de forma temporal o transitoria, sino definitiva, razón por la que no puede

entenderse que conviven en el domicilio conyugal en España, como si de unas simples estudiantes universitarias se tratara, pues como decimos, se ha producido un cambio de residencia de España a Argentina.

CUARTO La vivienda que constituye el domicilio familiar, pertenece también al padre del Sr. Calixto en un 59% y a la sociedad de gananciales de los litigantes en el 41% restante.

Conviene recordar que el artículo 96 del Código Civil regula la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar distinguiendo entre los supuestos en que el matrimonio que se anula, separa o divorcia, tenga hijos menores o incapacitados bajo la potestad y guarda de uno de los cónyuges, y los casos en que el matrimonio carezca de hijos o los que tenga no se encuentren bajo su patria potestad. Dispone al efecto el expresado precepto que en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario existentes en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando alguno de los hijos quede en compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieren aconsejable y su interés fuere el más necesitado de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular, se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial. Así pues, si no hay hijos, en principio, la vivienda es para el titular, salvo que el Juez estime, atendidas las circunstancias, atribuirlo al no titular por ser su interés el más necesitado de protección, aunque solo por el tiempo que prudencialmente se fije, y el titular solo puede disponer de la vivienda con el consentimiento del otro cónyuge o de la autorización judicial. Cuando ambos esposos son titulares de la vivienda familiar, la titularidad no podrá tomarse en consideración en orden a la atribución de su uso a uno u otro de los cónyuges, y tendrá que estarse a las circunstancias y al interés más necesitado de protección, señalando un plazo prudencial a fin de no privar al no ocupante del ejercicio de la acción de división (artículo 400 CC).

Ante la inexistencia de hijos, o cuando éstos son económicamente independientes, la norma es no hacer una especial atribución del uso de la vivienda, "podrá", dice el art. 96.3 CC, pues los bienes comunes deben seguir el camino del proceso liquidatorio y sólo excepcionalmente cuando uno de los cónyuges esté especialmente necesitado de proyección, cabe una atribución, siempre temporal, del uso de la vivienda.

En el caso que nos ocupa, al no estar las hijas bajo la patria potestad de ninguno de los litigantes y residir ambas habitualmente en Argentina y no en el domicilio familiar queda descartada la atribución de la vivienda que para ellas se postula.

Consideramos también, con la Juez a quo, que no existe razón objetiva alguna que justifique el otorgamiento del uso de la vivienda a ninguno de los litigantes y, por ende, a la actora, quien indebidamente lo postula sin limitación temporal ni siquiera por un corto periodo de tiempo.

Ambos disponen de ingresos económicos propios y son titulares de bienes inmuebles. Aún cuando pudieran reputarse inferiores los ingresos de la Sra. Magdalena, ello, por sí solo no se reputa suficiente, dado el montante económico de distintos ingresos, para considerar acreedora de una mayor

protección a los efectos de atribuirle el uso temporal de la vivienda.

QUINTO El Tribunal Supremo, en sentencia de 24/4/2000, considera que no existe obstáculo alguno a la legitimación activa del progenitor con el que convive la hija mayor de edad que carece de ingresos propios para poder solicitarla. Dicha Sentencia señala que: "Del artículo 93.2 Código Civil emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos. Por consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el artículo 93, párr. 2º Código Civil de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran. De todo lo expuesto se concluye que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el artículo 93, párr. 2º Código Civil, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores".

Ello sentado y teniendo en cuenta que ninguna de las hijas del matrimonio convive con su madre en Calviá, sino que ambas tienen su residencia habitual y domicilio en Río Tercero, Argentina, no podemos sino confirmar la decisión de falta de legitimación activa de la madre recurrente para reclamar, en este proceso matrimonial, alimentos para sus dos hijas mayores de edad, una y emancipada la otra, según ley argentina.

SEXTO Solicita la recurrente la cantidad de 2.000 euros al mes en concepto de alimentos en aplicación del Código Civil argentino.

Como precedentemente dijimos, debemos aplicar el Derecho español, Derecho en base al cual la Juez a quo decretó el divorcio y con cuyo pronunciamiento están conformes ambos litigantes.

La pensión por alimentos aparece regulada en el art. 142 y siguientes del CC y obedece a criterios de necesidad, es decir, nace con el fin de proveer lo necesario para atender las exigencias vitales, tomando como base de su otorgamiento la necesidad de quien lo solicita y los recursos del obligado a prestarla, siendo irrenunciable (art. 151 CC). Ahora bien, la disolución del vínculo matrimonial que necesariamente se deriva de la sentencia de divorcio (art. 85 CC), priva a los divorciados de la condición de alimentistas que el art. 143 del CC otorga a los cónyuges y por tanto con el divorcio se produce la cesación de la obligación alimenticia. Por ello no cabe acceder a la pensión

de alimentos de la recurrente, que por otra parte, cuenta con ingresos propios para atender a su subsistencia.

SEPTIMO No obstante la desestimación del recurso, al versar el recurso sobre materias atinentes al orden público, no hacemos especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada(art. 398 LEC).

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Font Jaume, en nombre y representación de DoñaMagdalena , contra la sentencia de 1 de Septiembre 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Palma , en autos de Divorcio contencioso nº 95/09 y, en consecuencia,

1 Confirmamos íntegramente dicha sentencia.

2 No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

- - - -