

Roj: SAP M 3619/2011
Id Cendoj: 28079370222011100160
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 22
Nº de Recurso: 1162/2010
Nº de Resolución: 290/2011
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: EDUARDO HIJAS FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

MADRID

SENTENCIA: 00290/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 22

C/ FRANCISCO GERVAS N: 10 (PLANTA 12*)

Tfno.: 914936204-05-06-07- Fax: 914936210

N.I.G. 28000 1 7011342 /2010

Rollo: RECURSO DE APELACION 1162 /2010

Proc. Origen: DIVORCIO CONTENCIOSO 183 /2009

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de ALCALA DE HENARES

De: Felicidad

Procurador: SIN PROFESIONAL ASIGNADO

Contra: Carmelo

Procurador: SIN PROFESIONAL ASIGNADO

SENTENCIA

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. **Eduardo Hijas Fernández**

Ilmo Sr. D. Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. Doña Carmen Neira Vázquez

En Madrid a 12 de abril de 2011

La Sección Vigésimo segunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de divorcio seguidos, bajo el nº 183/2009, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Alcalá de Henares, entre partes:

De una, como apelante, doña Felicidad , quien no se ha personado en la alzada.

De la otra, como apelado don Carmelo , que ha permanecido en situación procesal de rebeldía durante todo el curso del procedimiento.

Fue igualmente parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don **Eduardo Hijas Fernández**.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 9 de marzo de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Alcalá de Henares se dictó Sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora D^a Carmen Sánchez Muñoz, en nombre y representación de Doña Felicidad , frente a Don Carmelo , en situación procesal de rebeldía, debo absolver y absuelvo a este última de las pretensiones deducidas en su contra, sin hacer expresa imposición de costas.

Notifíquese la presente a las partes y al Ministerio Fiscal, advirtiéndoles que contra la misma cabe recurso de apelación, que deberá prepararse en el plazo de cinco días ante este Juzgado, para ulterior interposición y remisión a la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid para su resolución.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo."

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, previa la oportuna preparación, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de doña Felicidad , exponiendo en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentando el Ministerio Fiscal escrito de de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 11 de los corrientes.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia que, dictada por el Juzgador a quo, pone fin en la instancia al procedimiento de divorcio instado por doña Felicidad frente don Carmelo deniega la pretendida disolución vincular por no haberse acreditado el derecho extranjero de aplicación al caso, "tanto en lo que respecta a su contenido como a su vigencia, dada la no exigencia de su conocimiento por los jueces y tribunales españoles" considerándose insuficiente, al respecto, las fotocopias de la legislación rumana que, no traducidas al castellano, se aportaron junto con el escrito rector del procedimiento.

Y contra dicho criterio decisorio se alza la parte actora, interesando de la Sala que, con revocación del mismo, se declare la disolución del matrimonio contraído por los litigantes, con las medidas complementarias postuladas en la demanda que encabeza las actuaciones remitidas al Tribunal.

Planteamiento que encuentra la frontal oposición del Ministerio Fiscal, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada.

SEGUNDO.- La competencia de los tribunales españoles para conocer de la litis de divorcio de dos súbditos extranjeros residentes en nuestro país, conforme previenen los *artículos 3 a) del Reglamento nº 2201/2003 del Consejo de Europa y 22-3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, no conlleva, sin embargo, la aplicación de la normativa sustantiva patria a todos los supuestos que ante dichos Órganos puedan plantearse.

Así, dentro de las normas de conflicto contenidas en el Código Civil, el *artículo 9º previene, con carácter general, que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su*

nacionalidad, que regirá su capacidad y estado civil, entre otros aspectos. En lo que concierne específicamente a la separación y el divorcio, dicho *precepto remite al 107*, conforme al cual la constitución del nuevo estado civil derivado de la disociación nupcial habrá de regirse por la ley nacional común de los esposos en el momento de la presentación de la demanda.

Bajo tales exigencias legales, y dado que en el caso examinado ambos cónyuges ostentan la nacionalidad rumana, se impone, en principio, que la resolución judicial acerca del divorcio solicitado por la demandante se fundamente en la legalidad sustantiva de su país de origen, incumbiendo a las partes la acreditación de su contenido y vigencia, según previene el *artículo 281 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil*.

La representación de la ahora recurrente que, en el escrito rector del procedimiento, invoca la legislación de Rumanía como apoyo jurídico de su petición de divorcio, aporta, junto con dicha demanda, una copia simple de la regulación legal contenida en el Código de la Familia de dicho país acerca del matrimonio y su crisis. Ciertamente es lo cierto que dicho medio probatorio, al no estar traducido al idioma español ni venir debidamente averiguado respecto de su ajuste a la realidad legislativa de dicho país, resulta insuficiente para la resolución de la litis en los términos contemplados en el citado *artículo 107*. No puede, sin embargo, olvidarse que el propio *artículo 281-2 L.E.C.*, tras disponer que el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, añade que el tribunal podrá valerse, para su aplicación, de cuantos medios de averiguación estime necesarios.

El Tribunal Constitucional, sobre la base del *artículo 24 C.E.* habla de "la obligación del órgano judicial de prestar a las partes en el proceso judicial de que conozca una efectiva tutela de sus derechos e intereses legítimos, en particular cuando la aplicación del derecho extranjero resulta debida por imposición del propio ordenamiento jurídico español", para añadir que "la acreditación del derecho extranjero y la intervención del órgano judicial en su prueba puede trascender de la mera valoración de la prueba de un hecho alegado por la parte en apoyo de sus pretensiones" (S:T.C. 17-1-2000). Por su parte el Tribunal Supremo declara que "si el Juzgador, con la aportación de las partes no se considera suficientemente ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable (S. 3-3-97)..

Elo ha conllevado la actividad investigadora de oficio desarrollada por este Tribunal, reclamando de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, del Ministerio de Justicia, la legislación rumana en materia de divorcio, con posterior traducción de la misma, al ser remitido el correspondiente texto en inglés, por la Oficina de Intérpretes y Traductores de esta Audiencia Provincial, superando así el discutible formalismo al que se acoge la final resolución del Órgano a quo, en cuanto basada en una lectura parcial y mutilada del *artículo 281-2 L.E.C.*, olvidando que el mismo, tras disponer que el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, añade expresamente que el tribunal podrá valerse, a tal fin, de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

TERCERO.- El Código de Familia rumano, según resulta de la documentación incorporada al rollo de la Sala, regula, en sus *artículos 37 y siguientes, la disolución del matrimonio, estableciendo el primero de ellos, en coincidencia con el artículo 85 del Código Civil español, que el matrimonio será disuelto por el fallecimiento de uno de los cónyuges, por orden judicial que acredite la muerte de uno de los cónyuges o por el divorcio. Y añade el siguiente precepto que si una parte solicita el divorcio, el matrimonio puede ser disuelto mediante decreto judicial, si está demostrado, por motivos bien fundamentados, que la continuación del matrimonio ya no es posible para la parte que requiere su disolución.*

En el supuesto que ahora examinamos, el profundo deterioro de las relaciones de los esposos litigantes motivado por la adicción alcohólica del demandado, según se expone en el escrito rector del procedimiento, queda acreditado mediante la documentación aportada en dicho momento inicial de la litis, que pone de manifiesto que el Juzgado de Instrucción nº 7 de los de Alcalá de Henares dictó, en fecha 23 de agosto de 2006, Auto en el que prohibía al hoy demandado acercarse a la persona de su esposa, o a su domicilio, lugar de trabajo y comunicarse con ella por cualquier medio, no obstante lo cual el Sr. Carmelo, en fecha 27 de agosto de 2006, penetró en el domicilio de su esposa y le intimidó amenazándola con matarla, como así se declara probado en la Sentencia que, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de los de la referida ciudad, en fecha 31 de enero de 2007, condenó a aquél, por un delito de quebrantamiento de condena, a nueve meses de prisión, y otros seis meses y un día por otro delito de amenazas.

Al tiempo de sustanciarse la presente litis civil, el demandado se encontraba interno en la Prisión de Badajoz, habiendo sido emplazado personalmente, y citado en la misma forma para su posible asistencia al acto del juicio, no obstante lo cual ha permanecido, durante todo el curso del procedimiento, en situación procesal de rebeldía, rechazando la ofrecida posibilidad de ser excarcelado para asistir a la vista celebrada ante el Juzgador a quo.

Bajo tales condicionantes fácticos y procesales, resultan de aplicación al supuesto examinado, respecto de la acción principal entablada, las previsiones legales que, conforme a la antedicha normativa legal rumana, han de conducir a la disolución, por divorcio, del vínculo matrimonial en su día constituido entre los esposos ahora litigantes, determinando el acogimiento del primero, y principal, de los motivos del recurso.

CUARTO.- En lo que concierne a las medidas complementarias que el divorcio ha de conllevar, procede atribuir a la actora la custodia del hijo común menor de edad, sancionando así la situación fáctica concurrente desde la ruptura de la convivencia matrimonial, con asignación a dicha progenitora del ejercicio exclusivo de la patria potestad, ante la situación carcelaria que afecta al demandado, a tenor de lo prevenido en el penúltimo *párrafo del artículo 156 de nuestro Código Civil*.

Respecto de las demás medidas afectantes al citado descendiente, no procede, en la descrita coyuntura, ni fijar un régimen de visitas a favor del padre, ni sancionarse una concreta aportación económico-alimenticia a cargo del mismo, y ello sin perjuicio de lo que, al respecto, pueda ser acordado una vez que se modifiquen las circunstancias que ahora condicionan necesariamente dichos pronunciamientos excluyentes, y ello a través del cauce procesal al efecto habilitado por el *artículo 775 L.E.C.*

QUINTO. -Dado el sentido de esta resolución, a tenor de lo antedicho, no ha de hacerse especial condena en las costas procesales devengadas en la alzada, de conformidad con lo prevenido en el *artículo 398-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

III FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación formulado por doña Felicidad frente a la Sentencia dictada, en fecha 9 de marzo de 2010, por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Alcalá de Henares, en procedimiento de divorcio seguido, bajo el nº 183/2009, entre dicha litigante y don Carmelo, debemos revocar y revocamos en su integridad dicha resolución y, en su lugar, declaramos disuelto, por divorcio, el matrimonio contraído por los citados litigantes.

El hijo común quedará bajo la custodia de su madre, a quien corresponderá el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre el mismo.

No ha lugar, en el presente procedimiento y a la vista de las circunstancias concurrentes, a sancionar judicialmente un régimen de visitas entre padre e hijo, ni a fijar una concreta aportación económico-alimenticia a cargo de dicho progenitor, y ello sin perjuicio de lo que, al respecto, pudiera acordarse en un futuro procedimiento de modificación de medidas, de cambiar los factores que ahora condicionan dichos pronunciamientos denegatorios.

Todo ello sin hacer especial condena en las costas del recurso.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo de la Sala y será notificada a las partes en legal forma, haciéndoles saber que contra la misma, y de concurrir los requisitos al efecto exigidos en los *artículos 469 y 477*, en relación con la *disposición final 16ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, podrán interponer, mediante escrito de preparación presentado ante este mismo Tribunal en el término de cinco días hábiles, recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Eduardo Hijas Fernández**; doy fe