



Roj: **SAP B 2444/2015 - ECLI: ES:APB:2015:2444**

Id Cendoj: **08019370122015100140**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **12/03/2015**

Nº de Recurso: **1030/2013**

Nº de Resolución: **146/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ELENA FARRE TREPAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

**BARCELONA**

SECCIÓN Duodécima

ROLLO Nº 1030/2013-B

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 6 VILANOVA I LA GELTRÚ

GUARDA Y CUSTODIA CONTENCIOSO NÚM. 658/2011

**SENTENCIA Nº 146/15**

Ilmos. Sres.

DON JUAN MIGUEL JIMENEZ DE PARGA GASTON

DON PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ.

DOÑA ELENA FARRÉ TREPAT

En la ciudad de Barcelona, a doce de marzo de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Duodécima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Guarda y custodia contencioso, número 658/2011 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 6 Vilanova i la Geltrú, a instancia de DOÑA Natalia , representada por la procuradora DOÑA INMACULADA GUASCH SASTRE y dirigido por la letrada DOÑA BEATRIZ GONZALEZ PONT, contra D. Benjamín , representado por la procuradora DOÑA ANA M<sup>a</sup> BERNAUS VIDORRETA y dirigido por el letrado D. CARLOS BAILLO TUBAU; 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 17 de abril 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: Estimo la demanda de guarda y custodia presentada por la procuradora Sra. Arbonés Ojeda, en nombre y representación de Natalia , contra Benjamín , y acuerdo las siguientes medidas:

1º Se atribuye la guarda y custodia de las hijas menores a la madre, quedando compartida la patria potestad.

2º Se reconoce la máxima libertad y flexibilidad al padre para comunicarse con sus hijas, si bien, en caso de desacuerdo, el padre disfrutará de Eduardo , Ezequiel y Zaida fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes que las reingrese en el mismo.



También disfrutara el padre la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, de la siguiente manera:

La Semana Santa se dividirá por mitad, correspondiendo la primera parte a la madre los años pares, y los impares al padre.

Las vacaciones de verano comprenderán los meses de julio y agosto, dividiéndose por quincenas, correspondiendo las primeras quincenas a la madre los años pares, y los impares al padre.

Las vacaciones escolares de navidad se distribuirán por mitad correspondiendo la primera parte a la madre los años pares, y los impares al padre.

3º Se fija una pensión de alimentos a favor de las hijas y a cargo del padre en cuantía de 550 euros al mes para cada una de ellas, a ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre y que se actualizará cada primero de enero conforme al I.P.C.

4º Los gastos extraordinarios por mitad, como tratamientos dentales, gastos médicos no cubiertos por la seguridad social, actividades extraescolares y excursiones.

No ha lugar a hacer especial condena en costas a ninguna de las partes, dada la especial naturaleza de este tipo de procedimientos".

**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 18 de febrero de 2015.

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

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña ELENA FARRÉ TREPAT.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone por la parte demandada en primera instancia recurso de apelación contra la sentencia dictada alegando que se ha producido una nulidad de actuaciones al no haber podido acudir el demandado a la vista señalada por no haber sido citado habiéndose infringido el artículo 24.1 de la CE , y, subsidiariamente, en el caso de no estimarse la declaración de nulidad, solicita que se le otorgue la guarda compartida de las hijas menores y que ambos progenitores abonen el 50% de todos los gastos de manutención de las menores.

La parte apelada se opone al recurso de apelación y solicita la confirmación íntegra de la resolución recurrida con expresa imposición de costas a la parte recurrente refiriéndose expresamente a la pasividad del demandado durante la tramitación de este procedimiento, que ha dado lugar a su declaración de rebeldía.

En el mismo sentido se opone el ministerio fiscal al recurso de apelación interpuesto considerando que la no recepción de la diligencia de ordenación por la que se le declaraba rebelde y se señalaba fecha para la celebración del juicio no constituye causa de indefensión, pues el juzgado intentó infructuosamente efectuar esta notificación en la dirección del demandado que constaba en el procedimiento.

**SEGUNDO.-** Centrado el recurso en los términos que sucintamente se han expuesto en el fundamento jurídico anterior, del examen de las actuaciones judiciales que han tenido lugar en primera instancia se desprende, en primer lugar, que la parte demandada, fue citada personalmente a la celebración de la comparecencia de medidas provisionales y no acudió a la misma, dictándose auto de medidas provisionales en fecha 17 de marzo de 2012.

Dentro del plazo para contestar a la demanda el demandado solicitó el beneficio de justicia gratuita, emitiéndose por parte del servicio de tramitación de justicia gratuita un informe provisional desfavorable, en fecha 13 de junio de 2012, y, en fecha 11 de enero de 2013, se dictó la resolución de la Comisión de asistencia jurídica gratuita en el sentido de denegar el reconocimiento del beneficio de asistencia jurídica gratuita al solicitante. El juzgado puso en conocimiento del demandado el informe emitido por la Comisión de justicia gratuita indicándole que le quedaba un día hábil para contestar la demanda y las consecuencias procesales que comporta el hecho de no hacerlo. Esta resolución fue notificada a la parte demandada en fecha 14 de febrero de 2013 mediante correo certificado.

Mediante diligencia de ordenación de fecha 28 de febrero de 2013 se declaró precluido el transcurso del plazo concedido al demandado para contestar a la demanda, así como su incomparecencia y se le declaró en rebeldía procesal y, asimismo, se convocó a las partes a la celebración de la vista principal para el día 16



de abril de 2013. Esta diligencia de ordenación no se notificó a la parte demandada hasta el día 15 de mayo de 2013, habiéndose intentado anteriormente su notificación a través del juzgado de paz de Sitges, de forma infructuosa.

Si bien es cierto que el demandado mantuvo en un principio una actitud pasiva al no acudir a la comparecencia de medidas provisionales y, posteriormente, pese a su solicitud de justicia gratuita, no contestó a la demanda colocándose de forma voluntaria en una situación de indefensión que no sería tributaria de nulidad; sin embargo, la diligencia de ordenación de fecha 28 de febrero de 2013, que declaró a la parte demandada en situación de rebeldía procesal no consta que le fuera notificada, tal como exige el artículo 497.1 de la LEC. Este precepto establece que "la resolución que declare la rebeldía se notificará al demandado por correo, si su domicilio fuere conocido y, si no lo fuere, mediante edictos; hecha esta notificación, no se llevará a cabo ninguna otra, excepto la de la resolución que ponga fin al proceso". En este caso, siendo conocido por el Juzgado el domicilio del demandado se intentó su notificación a través del Juzgado de paz de Sitges, en dos ocasiones, no siendo posible efectuar la notificación porque no constaba el nombre del demandado en los buzones ni tampoco era conocido por los vecinos. En estas circunstancias no se efectuó ninguna averiguación de domicilio ni se notificó la diligencia por medio de edictos.

La relevancia de la falta de la notificación de la declaración de rebeldía no solo alcanza al incumplimiento de la referida norma procesal, sino también al hecho de que, en la referida diligencia de ordenación, se convocaba a las partes a la celebración de la vista, a la que, por ausencia de dicha notificación, no pudo asistir el demandado. De este modo se frustró la oportunidad de que el demandado compareciera al acto del juicio y, por tanto de que, en dicho acto, hubiera podido alegar lo que conviniera a su derecho, esencialmente sobre aquellas medidas definitivas que pueden ser adoptadas de oficio por el tribunal.

El art. 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los actos judiciales serán nulos de pleno derecho, entre otros casos, cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión. Por otra parte, el art. 240.1 LOPJ dispone que la nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.

A la vista del relato fáctico que ha quedado expuesto esta Sala concluye que en este caso se ha producido una infracción de las normas esenciales del procedimiento, al haberse conculcado el derecho de defensa del demandado por causas que no le son imputables al mismo, por no habersele notificado la resolución en la que se declaraba la rebeldía y se indicaba la fecha y hora de la celebración de la vista, conforme prescribe el artículo 497.1 de la LEC. Procede, por lo tanto la estimación del recurso de apelación y la declaración de la nulidad del acto del juicio celebrado en la primera instancia del presente proceso y de las actuaciones posteriores al mismo incluida la sentencia que ha puesto fin a la instancia, retro trayendo el proceso al momento anterior a la celebración del juicio.

**TERCERO.-** Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la LEC no se imponen las costas del recurso de apelación a ninguna de las partes.

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

## FALLAMOS

Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don Benjamín contra la sentencia de fecha 17 de abril de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Vilanova i la Geltrú en el proceso de Guarda y Custodia Contenciosa número 658/2011, de que dimana el presente rollo, **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS LA NULIDAD** del acto de juicio celebrado en el curso de la primera instancia del presente proceso, y de las actuaciones posteriores, incluida la sentencia definitiva que ha puesto fin a la instancia, retro trayendo el proceso a dicho momento, continuando el mismo por los trámites legales, con celebración del juicio.

No se imponen las costas de la presente alzada.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ