



Roj: **SAP M 12802/2017 - ECLI:ES:APM:2017:12802**

Id Cendoj: **28079370222017100671**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **22**

Fecha: **26/09/2017**

Nº de Recurso: **1699/2016**

Nº de Resolución: **703/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **LUIS PUENTE DE PINEDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimosegunda

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 12 - 28020

Tfno.: 914936205

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0161875

Recurso de Apelación 1699/2016

Órgano Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 27 de Madrid

Autos de Divorcio contencioso 1017/2014

APELANTE: D. Aurelio

PROCURADOR: D. RAMÓN BLANCO BLANCO

APELADA: Dña. Montserrat

PROCURADORA: Dña. MARÍA LUISA GONZÁLEZ GARCÍA

MINISTERIO FISCAL

Ponente: Ilmo. Sr. Don Luis Puente de Pinedo

S E N T E N C I A N º

Magistrados:

Ilmo. Sr. Don Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. Don Eladio Galán Cáceres

Ilmo. Sr. Don Luis Puente de Pinedo

En Madrid, a 26 de septiembre de 2017.

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos sobre divorcio contencioso seguidos bajo el nº 1017/2014, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Madrid, entre partes:

De una como apelante, don Aurelio , representado por el Procurador don Ramón Blanco Blanco.

De otra como apelada, doña Montserrat , representada por la Procuradora doña María Luisa González García.

Ha intervenido el Ministerio Fiscal.



Visto, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don Luis Puente de Pinedo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- Con fecha 20 de mayo de 2016, por el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando en lo sustancial la pretensión de la parte actora, concretada en la vista por D^a. Montserrat , respecto de su esposo el Sr. Aurelio , en ignorado paradero, debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio celebrado en Cazalegas, el 17 de abril de 2010, inscrito en el Registro Civil de dicha localidad, adoptando como medidas complementarias definitivas las siguientes:

1ª) La disolución del matrimonio de ambos cónyuges, cesando la presunción de convivencia conyugal.

2ª) La revocación de consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, cesando la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

3ª) Se declara extinguido el régimen económico del matrimonio hasta ahora subsistente.

4ª) Se otorga a D^a Montserrat el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre el hijo común menor Jose Daniel , hasta tanto el padre no acredite tener domicilio real, conocido y estable, que permita la comunicación de la madre directa o indirecta con aquel.

5ª) No se fija consecuentemente un régimen de visitas paternofamiliar entre el hijo y el padre, sin perjuicio de que pueda ulteriormente instaurarse a instancia del padre en proceso de modificación de medidas, de alterarse sustancialmente las circunstancias y resultar beneficioso para el menor.

6ª) Se acuerda la prohibición de salida del territorio nacional del menor Jose Daniel con el padre, sin autorización judicial; y la prohibición de que le sea expedido al menor pasaporte a petición del padre, salvo autorización judicial previa, y la prohibición de su renovación a petición del padre, con el libramiento del correspondiente oficio a la Comisaría General Extranjería y Fronteras, y a la Comisaría de Barajas con los datos de los progenitores y del menor, comunicando la prohibición. El padre depositará en este Juzgado y se unirá a los autos el pasaporte que ya tuviere del menor, sirviendo la notificación de la sentencia de requerimiento para este depósito y para que cumpla la prohibición de salida de España sin autorización judicial acordada.

7ª) Para atender a los alimentos de los hijos, desde el mes siguiente al de la fecha de la presentación de la demanda, es decir, desde noviembre de 2014 inclusive, y a partir de que le sea notificada esta sentencia, Aurelio abonará a D^a. Montserrat , en los cinco primeros días de cada mes, la cantidad mensual de 400 euros por alimentos de su hijo, actualizables anualmente a fecha uno de enero, conforme al IPC general o índice que lo sustituya. Esta pensión se abonará hasta la independencia económica del hijo o cumplan los 25 años. El primer pago se efectuará en el mes siguiente al de la notificación de la sentencia en sus cinco primeros días, en la cuenta que indique la madre, pudiendo recabarla si no la conociere indicando donde debe indicársela la madre, mediante comunicación fehaciente del propio obligado, por lo que su pasividad en este aspecto no justificaría el impago, y abonará ese mes correspondiente más el 10% de los atrasos desde noviembre de 2014 hasta esta el mes anterior al del primer pago de la pensión que se fija, y durante los diez meses siguientes además de la pensión de ese mes, abonará cada mes un 10 % de esos atrasos, hasta que pague la totalidad de los alimentos devengados y no abonados.

Además, el padre abonará el 50% de los gastos extraordinarios urgentes o inaplazables y necesarios, o los gastos extraordinarios que acuerde con la madre, salvo urgencia, o en su defecto que fueren autorizados en interés de los hijos judicialmente.

No procede la condena en costas en atención a la naturaleza del procedimiento.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que, la presente resolución no es firme y contra la misma podrán interponer recurso de apelación en el plazo de 20 días a contar del siguiente al de su notificación, que será resuelto por la Il^{ta}. Audiencia Provincial de Madrid.

Así lo acuerda manda y firma, Don Francisco Javier Pérez-Olleros Sánchez-Bordona, Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia 27 de los de Madrid".



TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de don Aurelio , exponiéndose en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las partes personadas, presentándose por la presentación legal de doña Montserrat , escrito de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para la deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 25 de septiembre del presente año.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Montserrat interpuso demanda de divorcio contra D. Aurelio , quien fue declarado en situación procesal de rebeldía, dictándose sentencia por el Juzgado de Primera Instancia número 27 de Madrid el día 20 de mayo de 2016 estimando la demanda de divorcio interpuesta por doña Montserrat y acordando las oportunas medidas definitivas; así, se atribuyó a la demandante el ejercicio exclusivo de la patria potestad del hijo nacido de esa unión, Jose Daniel , nacido en Madrid el NUM000 de 2010, fijando una pensión alimenticia de 400 € mensuales, con una orden de prohibición de salida del territorio nacional.

SEGUNDO.- D. Aurelio interpuso recurso de apelación contra la sentencia alegando, con carácter previo, la nulidad del procedimiento por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española , en relación con el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al no haberse procedido a la notificación de la demanda interpuesta, siguiéndose el procedimiento en rebeldía, pese a conocer la parte demandante su domicilio y haber podido ser hallado por el Juzgado en el supuesto de haber librado los oportunos oficios a través del Punto Neutro Judicial.

Como consecuencia de ello, se siguió el procedimiento en rebeldía, por lo que debía decretarse la nulidad de todas las actuaciones, añadiendo que el demandado había promovido demanda de divorcio ante los Tribunales de Justicia de Carolina del Norte (Estados Unidos), en el Condado de Guilford, por lo que la resolución allí dictada sería automáticamente aplicable de conformidad con el Convenio de La Haya, extremo este que fue conocido por la demandante y que ocultó en todo momento.

Finalmente, y con carácter subsidiario, se impugnaban las medidas adoptadas, solicitando su modificación en el escrito de interposición del recurso presentado.

El Ministerio fiscal interpuso también recurso de apelación contra la sentencia por entender igualmente que se había vulnerado el artículo 24 de la Constitución al no haber llevado a cabo la averiguación de domicilio por el Juzgado de Primera Instancia, lo que había provocado indefensión al demandado. Subsidiariamente, impugnó también las medidas acordadas en la sentencia recurrida.

Doña Montserrat se opuso al recurso de apelación interpuesto por considerar que la parte demandante había cumplido con la carga procesal de aportar los domicilios que eran conocidos, entendiendo, además, que la sentencia se notificó a través de la publicación del edicto, por lo que debía haberse declarado firme sin tener por interpuesto recurso de apelación. Destacaba la parte apelada que D. Aurelio había conocido que su mujer y su hijo se habían trasladado a España, lo que había autorizado, interponiendo la demanda ante el Tribunal de Carolina del Norte un año después de que ya estuviese en su residencia en España.

Por todo ello, se entendía que se había producido una actuación de mala fe por el ahora apelante, por lo que no podía prosperar la nulidad pretendida.

TERCERO.- El recurso de apelación interpuesto solicitó la nulidad de las actuaciones por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española al haberse tramitado todo el proceso en situación de procesal de rebeldía de la parte demandada, que no recibió notificación personal alguna, pese a tener domicilio estable y conocido, obrante registros públicos al alcance de la parte contraria y del propio tribunal de primera instancia, que no recabó información oportuna a tal efecto.

Es conveniente analizar las fechas en que se produjeron los acontecimientos determinantes de la nulidad solicitada.

1º.- Dª Montserrat interpuso demanda el día 27 de octubre de 2014 contra D. Aurelio , señalando como domicilio el Hostal Wellcome, en el Polígono Industrial de Vallecas.



El día 6 de noviembre de 2014 facilitó al juzgado un nuevo domicilio (folio 35), acordándose por el Juzgado quedar a la espera del resultado del emplazamiento ya acordado.

Las diligencias de emplazamiento tuvieron resultados negativos los días 18 de noviembre de 2014 y 16 de enero de 2015 (folios 39 y 50).

2º.- El día 5 de noviembre de 2014 doña Montserrat tuvo conocimiento de la demanda interpuesta por don Aurelio ante los tribunales del Condado de Guilford de Carolina del Norte sin que informara de esa circunstancia al Juzgado de Primera Instancia donde se estaba tramitando el proceso de divorcio.

3º.- Tras librarse oficios al Ministerio de Agricultura y a una sociedad para la que aparentemente trabajaba el demandado, se procedió el día 20 de abril de 2016 a acordar la citación del demandado de forma telefónica para la vista, lo que se llevó a cabo según diligencia de constancia de 27 de abril de 2016 (folios 78 y 82).

4º.- El día 27 de abril de 2016 se acordó declarar al demandado en situación procesal de rebeldía (folio 83), sin haber llegado a oficiar al Punto Neutro Judicial para comprobar si tenía algún domicilio en el que pudiera ser emplazado.

5º.- D. Aurelio se empadronó en Madrid en la CALLE000 nº NUM001 el día 16 de noviembre de 2015 (folio 177); poco después, el día 3 de marzo de 2016, se dio de alta en la Seguridad Social (folio 152). Ambos domicilios constaban ya en los oportunos registros cuando se decretó la situación procesal de rebeldía, sin que por parte del Juzgado se acordase oficiar al Punto Neutro Judicial a fin de comprobar si existía algún domicilio en el que pudiese llevarse a cabo el emplazamiento.

6º.- El día 27 de abril de 2016 se acordó igualmente el señalamiento de vista (folio 87). En esa resolución se acordaba conforme al artículo 497.1 de la LEC notificar la resolución por edictos por medio del tablón de anuncios del Juzgado y citar a las partes para la celebración de vista para el 18 de mayo de 2016.

A la vista de los hechos anteriormente expuestos es evidente que se ha producido indefensión al demandado que no tuvo conocimiento directo del proceso hasta la notificación de la sentencia, tal y como plantea el apelante y el Ministerio Fiscal.

En efecto, el juzgado se limitó a hacer la comprobación del empadronamiento en una ocasión (folio 55), pero en ningún momento se hizo la comprobación completa a través del Punto Neutro Judicial lo que hubiera permitido, al menos desde el mes de noviembre de 2015, conocer cuál era su domicilio actual en la CALLE000 NUM001 de Madrid y ordenar el emplazamiento personal.

En todo caso, cuando se acuerda declararle en situación procesal de rebeldía el 27 de abril de 2016 ya obraba ese domicilio tanto en el registro del padrón como en los archivos de la Seguridad Social (folios 152 y 177). Quiere ello decir que la comprobación previa por parte del Juzgado hubiera garantizado el conocimiento del proceso y permitir, al menos, que hubiera asistido a la vista para formular alegaciones en ese momento.

En cuanto a la parte demandante, los documentos aportados por don Aurelio con su escrito interposición del recurso de apelación acreditan que durante toda la tramitación del proceso de divorcio, y con anterioridad a éste, existía un contacto constante entre las dos partes a través de correo electrónico, así como que la parte demandante conoció el día 5 de noviembre de 2014 de la existencia de un proceso iniciado en los Tribunales estadounidenses por parte de Don Aurelio. Pese a ello, en ningún momento comunicó al juzgado esa circunstancia y permitió que se continuase con la tramitación del proceso hasta dictarse sentencia en rebeldía procesal, pese al constante contacto mantenido entre ellos y al conocimiento que tenía de lo resuelto en el Tribunal estadounidense.

En consecuencia, se ha producido una infracción de normas del procedimiento por parte del Tribunal de Primera Instancia que no agotó los medios oportunos para garantizar un emplazamiento personal del demandado, y también por la parte demandante que no informó en todo momento de la situación existente, del paradero del demandado y de la existencia de un procedimiento judicial simultáneo ante los Tribunales estadounidenses, pese a ser perfectamente conocedora de ello y con el único fin de garantizar la obtención de una sentencia por parte de los tribunales de nuestro país.

No procede en esta resolución entrar a analizar cuál sería el órgano competente o la eficacia que aquella la solución podría tener, pero sí es evidente que se ha ocasionado indefensión al demandado al no permitirle introducir sus alegaciones en la fase procesal legalmente prevista para ello, por lo que debe decretarse la nulidad de las actuaciones desde el momento del emplazamiento del demandado, que deberá llevarse a cabo tras la firmeza de esta resolución en la forma prevista legalmente, a fin de que pueda contestar a la demanda interpuesta, siguiéndose con posteridad los trámites legalmente previstos.



CUARTO.- De conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , dada la estimación sustancial, no se hace especial pronunciamiento de las costas causadas en esta instancia.

V I S T O S los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

III.- FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Ramón Blanco Blanco, en nombre y representación de D. Aurelio y por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada en fecha 20 de mayo de 2016, por el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Madrid , en autos nº 1017/2014, seguidos entre dicho litigante y D^a Montserrat , representada por la Procuradora D^a María Luisa González García, debemos revocar y revocamos la resolución impugnada, acordando la nulidad de todo lo actuado desde el emplazamiento de D. Aurelio , que deberá llevarse a cabo tras adquirir firmeza esta sentencia, y continuando el proceso por sus correspondientes trámites.

No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en el presente recurso.

Una vez firme esta resolución, por el Órgano a quo, devuélvase al Sr. Aurelio el depósito constituido para recurrir en esta alzada.

MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN: Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en el Banco Santander, S.A., Oficina nº 3283 sita en la calle Capitán Haya nº 37, 28020 Madrid, con el número de cuenta 2844 0000 00 1699 16, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe