



Roj: **SAP HU 329/2017 - ECLI:ES:APHU:2017:329**

Id Cendoj: **22125370012017100327**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Huesca**

Sección: **1**

Fecha: **24/10/2017**

Nº de Recurso: **285/2017**

Nº de Resolución: **198/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO ANGOS ULLATE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

HUESCA

SENTENCIA: 00198/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

HUESCA

Sección 001

Domicilio : CALLE CALATAYUD ESQUINA IRENE IZARBEZ

Telf : 974-290145

Fax : 974-290146

LTA

Modelo : SEN110

N.I.G.: 22125 37 1 2017 0100290

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000285 /2017

Juzgado procedencia : JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 4 de HUESCA

Procedimiento de origen : JUICIO VERBAL ALIMENTOS 0000023 /2014

RECURRENTE : Gervasio

Procurador/a : MARIA DEL MAR PASCUAL OBIS

Abogado/a : LOURDES GUILLEN FIGUEROLA

RECURRIDO/A : ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO

Procurador/a :

Abogado/a : ABOGADO DEL ESTADO

A. Civil 285/2017 S241017.4U

Sentencia Apelación Civil Número 198

PRESIDENTE

SANTIAGO SERENA PUIG

MAGISTRADOS

ANTONIO ANGÓS ULLATE



JOSÉ TOMÁS GARCÍA CASTILLO

En Huesca, a veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete.

En nombre del Rey, la Audiencia Provincial de Huesca ha visto el recurso de apelación planteado en los autos de juicio verbal sobre alimentos número 23/2014 seguidos ante el Juzgado de primera instancia e instrucción número 4 de Huesca. El Abogado del Estado los promovió, como demandante, en defensa y representación de la Administración General del Estado (Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional designada por España en el marco del Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956), a instancia de la Autoridad Central de Chile, contra **Gervasio**, como demandado, defendido por la letrada Lourdes Guillén Figuerola y representado por la procuradora María del Mar Pascual Obis. Se hallan pendientes ante este Tribunal en virtud del presente recurso de apelación, tramitado al número 285 del año 2017, e interpuesto por el demandado, **Gervasio**. Es ponente de esta sentencia el Magistrado ANTONIO ANGÓS ULLATE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : El indicado Juzgado de primera instancia e instrucción, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 5 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

" FALLO

QUE ESTIMANDO EN PARTE la demanda interpuesta por el ABOGADO DEL ESTADO en representación y defensa de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO (DIRECCIÓN GENERAL DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL, Autoridad Central designada por España en el marco del Convenio de Nueva York de 20/6/1956) contra Gervasio DEBO RECONOCER Y RECONOZCO el derecho de Marcial de percibir de su padre Gervasio la cantidad de 1.968.500 de pesos chilenos, correspondientes a una pensión de alimentos de 63.500 pesos mensuales durante 31 meses (desde junio de 2013 hasta diciembre de 2015, ambos meses inclusive), ABSOLVIENDOLE del resto de pedimentos formulados en su contra, y sin hacer especial imposición de las costas causadas en este procedimiento "

SEGUNDO : Contra la anterior sentencia, la representación del demandado, **Gervasio**, interpuso recurso de apelación mediante la presentación del oportuno escrito, en cuya súplica interesó a esta Sala lo siguiente: "[...] se estime íntegramente el presente recurso de apelación y se revoque la Sentencia de Instancia en su parte dispositiva, desestimando íntegramente los pedimentos de la adversa, y declarando, en consecuencia, no haber lugar al pago de alimentos a favor de ninguno de los demandantes, con los pronunciamientos que le son inherentes a dicha declaración ". A continuación, el Juzgado dio traslado a las otras partes para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serles desfavorable. En esa fase, el Abogado del Estado, en la defensa y representación indicada, se opuso al recurso. Seguidamente, el Juzgado, tras emplazar a las partes por el término legal, remitió los autos a esta Audiencia, en donde quedaron registrados al número 285/2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : Aceptamos y damos por reproducidos los que contiene la sentencia apelada, salvo en lo que a continuación pudieran quedar contradichos.

SEGUNDO : 1. En el primer motivo del recurso, el demandado alega falta de legitimación activa de la madre y, por ende, de la Abogacía del Estado (Administración General del Estado, Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional, Organismo público designado por España como *Institución Intermediaria* o Autoridad Central en el marco del Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 [*Convenio sobre la obtención de alimentos en el extranjero elaborado en el seno de las Naciones Unidas el 20 de junio de 1956 en la ciudad de Nueva York*, BOE de 24 de noviembre de 1966]) para la reclamación de los alimentos objeto de controversia, los cuales solo se han concedido en la sentencia apelada a favor de uno de los tres hijos de la Sra. Aurora y del demandado, el de menor edad, Marcial, nacido el NUM000 /1994, cuando contaba ya dieciocho años de edad en el momento de presentarse la demanda que ha dado origen al presente juicio verbal de alimentos, el día 13/6/2013, mientras que tenía once años en agosto y en noviembre de 2006, cuando se elaboró el informe social chileno relativo a la familia reclamante y tuvo entrada en el Ministerio de Justicia español la documentación oportuna enviada por el Gobierno de Chile -la Autoridad Remitente, según la denominación empleada en el Convenio de Nueva York de 1956-, respectivamente.

2. Tal excepción constituye una cuestión nueva, al no haber sido alegada en el momento procesal oportuno, es decir, por medio del escrito de contestación a la demanda (folios 150 y siguientes), después de la llegada



de los autos remitidos por el Juzgado de primera instancia e instrucción número 4 de DIRECCION000 tras admitir la declinatoria planteada por el mismo demandado, aunque sí fue aducida en la vista celebrada en la primera instancia en fecha 2/6/2017 (a partir del minuto 8:00 de la grabación), lo que, por otro lado, no tuvo ninguna respuesta de la parte contraria ni resolución alguna del Juzgado, ni siquiera en la sentencia apelada.

3. No obstante, debemos aclarar que no nos encontramos ante una cuestión de fondo por falta de legitimación *ad causam* [para el pleito], sino de carácter procesal relacionada con la clásica legitimación *ad processum* [para el proceso] y, concretamente, con la capacidad procesal por falta de poder de representación. Por tanto, pese a la falta de alegación en el momento procesal oportuno, lo cierto es que los Tribunales, en cualesquiera de las instancias del procedimiento, deben controlar de oficio el cumplimiento de los requisitos formales exigibles a todos los que actúan en representación de otro, al estar regulados por normas de orden público relativos a la capacidad procesal, tal como resulta del artículo 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sin perjuicio de las alegaciones que las partes puedan realizar (artículo 418 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -al cual se remite su artículo 443.2 en sede de juicio verbal como el aquí tramitado).

4. Sin perjuicio de la solución que adoptemos a continuación, hemos de admitir que objetivamente concurre la denunciada falta de apoderamiento por parte de quien ya era mayor de edad con arreglo a la ley chilena cuando se presentó la demanda de alimentos, y dado que nos encontramos ante un juicio autónomo de alimentos y no ante un proceso de naturaleza matrimonial originario o derivado en el que el progenitor custodio está legitimado para demandar del otro progenitor la contribución a los alimentos de los hijos mayores de edad que convivan con el primero en situación de dependencia económica, conforme a una conocida interpretación jurisprudencial del artículo 93- 2.º del Código civil , cuya aplicación al caso, como ley del foro de carácter procesal, está justificada por lo dispuesto en el artículo 6.3 del Convenio de Nueva York de 1956 ["No obstante cualquier disposición de esta Convención, la Ley aplicable a la resolución de las acciones de alimentos y de toda cuestión que surja con ocasión de la misma será la Ley del Estado del demandado, inclusive el Derecho Internacional privado de ese Estado"].

5. La solución ortodoxa al problema procesal planteado sería dar un plazo no superior a diez días para que la parte subsanara la falta de poder, conforme al citado artículo 418.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , puesto que la falta de prueba o acreditación de la representación procesal constituye un defecto subsanable, conforme a una conocida doctrina constitucional -por lo que huelga la cita de sentencias-, bien en la primera instancia, con declaración de nulidad y consiguiente retroacción de las actuaciones, o bien sin declaración de nulidad, intentando que la subsanación se produjera en esta segunda instancia (artículo 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

6. No obstante, entendemos que no debemos acoger tal solución, puesto que la subsanación no es posible en ese plazo, dado el domicilio del alimentista (Chile) y la necesidad de expedir una comisión rogatoria, cuya tramitación siempre se demora varios meses. Debemos valorar no solo la imposibilidad material de subsanación, sino también la extraordinaria dilación que ya ha sufrido el procedimiento, pese a la naturaleza alimenticia de su objeto: la reclamación ante las autoridades chilenas se inició en agosto de 2006, hace ahora más de once años (folio 16); las actuaciones llegaron a España en noviembre de 2006 (folio 11); el primer requerimiento extrajudicial de pago al demandado por parte de la Abogacía del Estado se produjo el 29/11/2007 (folios 52 a 55); la demanda en los Juzgados de DIRECCION000 se presentó el 13/6/2013; los autos entraron en los Juzgados de Huesca en enero de 2014 (folio 122); la expedición de la Comisión Rogatoria a Chile data de julio de 2014 (folio 182), la cual llegó al Juzgado de Huesca en octubre de 2016 (folio 416) y la vista de este procedimiento se celebró el 2/6/2017. Es decir, han transcurrido más de once años desde el inicio de la reclamación -bien que más de seis de ellos son imputables a la propia Institución Intermediaria española- y cuatro años desde la presentación de la demanda. Tampoco podemos prescindir de la actitud pasiva de la parte demandada, al haber tardado tanto en denunciar lo que denomina falta de legitimación activa, más de tres años y medio (desde noviembre de 2013, cuando presentó la declinatoria ante el Juzgado de DIRECCION000 -folio 95- hasta junio de 2017, fecha de la vista del juicio verbal), aparte de la reclamación extrajudicial referida practicada en noviembre de 2007.

7. Partiendo de tales datos y, en los términos ya expuestos, de la ley del foro, hemos de aplicar la conocida doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional para dar efectividad al derecho fundamental a la tutela judicial (artículo 24.1 de la Constitución española). El Tribunal Constitucional se refiere a que *la falta de acreditación de la representación procesal es subsanable, si el defecto se reduce a esa mera formalidad y siempre que tal subsanación sea posible* ; y entendemos que el defecto procesal como el que ahora nos ocupa -la ineficacia sobrevinida del apoderamiento practicado por la madre en representación de su hijo menor el 13/10/2006 a favor del Ministerio de Justicia de España (folio 29)- tiene carácter subsanable, pero que no es posible su subsanación por las razones indicadas. La solución precedente tampoco puede ser la de poner fin al proceso y la consiguiente absolucón en la instancia del demandado -en ningún caso la desestimación



de la demanda por razones de fondo-, porque tal sanción no guardaría la debida proporcionalidad con la naturaleza del defecto y del mismo procedimiento tramitado, de cuya dilación, por otro lado, también hemos dejado constancia anteriormente, máxime teniendo en cuenta que, como hemos dicho, nuestro Derecho otorga legitimación a un progenitor para reclamar alimentos a favor de un mayor de edad que con él conviva, aunque en procesos matrimoniales. Por todo ello y entendiendo el proceso, como dice el Tribunal Constitucional, *como un instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial*, debemos relativizar el defecto apreciado y considerar suficiente, a los efectos de la representación del alimentista favorecido por la sentencia apelada, el inicial poder otorgado por la madre a favor del Ministerio de Justicia cuando aquél era menor de edad, con más razón cuando, como hemos anticipado, nuestra jurisprudencia defiende igual criterio en los procesos matrimoniales a los que ya antes hemos aludido. Esta solución se corresponde con la doctrina constitucional sobre esta materia, a cuyo tenor los Tribunales están *obligados a ponderar la entidad real del defecto y guardar la proporcionalidad con la consecuencia que acarrea su estimación*, de manera que *han de interpretar y aplicar los presupuestos, los requisitos y las reglas procesales de acceso a la justicia del modo que mejor cumplan con su finalidad, que no es otra que la de regular el camino o iter procedimental, garantizando los derechos de todas las partes para llegar a la decisión final o de fondo, positiva o negativa, que es lo que las partes en realidad postulan*. En suma, no nos parece acorde a la tutela judicial efectiva remitir a **Marcial** a que presente una nueva demanda de alimentos tras reclamarlos a través de su madre desde 2006 y cuando pronto va a cumplir los veintitrés años.

TERCERO : 1. En cuanto al fondo del asunto, es cierta la antigüedad del informe socioeconómico y que su autora mantuvo, en su declaración judicial prestada con motivo de la comisión rogatoria, que posteriormente no ha vuelto a ver a los interesados (de hecho, ya se encontraba jubilada cuando prestó declaración), como consta en el acta levantada (folios 365 a 367) y en la grabación (el disco compacto unido al folio 309). Ahora bien, el demandado no ha desvirtuado el contenido de tal informe por hechos o circunstancias sobrevenidas y, además, aunque no disponemos, pese a haberse intentado mediante la comisión rogatoria, de la declaración del mismo **Marcial** ni la de su hermano Miguel Ángel, sí contamos con otra prueba para mantener el estado de pobreza constatado en el mismo informe y la consiguiente percepción de ayudas sociales, cual es la declaración de **Lourdes**, la hermana mayor, la cual dijo a preguntas de la Jueza que *mis hermanos necesitan la plata* (sobre el minuto 4:15 de la pista primera del disco unido al folio 230). Por tanto, no hay razones para entender que la situación de pobreza de **Marcial** detectada inicialmente ha cambiado durante el periodo reconocido en la sentencia apelada, treinta y un meses, desde la fecha de presentación de la demanda (junio de 2013) hasta que **Marcial** cumplió veintiún años (diciembre de 2015), según lo dispuesto en el Código civil chileno, en los términos indicados en la sentencia de primer grado, a la que nos remitimos. Concretamente, no consta que el negocio de taller de reparación y de alquiler de vehículos que el demandado dice que cedió a la Sra. **Aurora** le hubiera permitido al alimentista seguir explotando este negocio al alcanzar la mayoría de edad y con ello haber superado la situación de indigencia.

2. En cuanto a la valoración que merecen los ingresos del demandado y sus cargas familiares, nos remitimos a lo razonado en la sentencia apelada a fin de evitar repeticiones innecesarias (párrafo segundo del fundamento de Derecho con igual ordinal).

CUARTO : Sobre la base de todo lo expuesto, procede desestimar el recurso. No obstante, se aprecian las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 394.1, inciso final, de la Ley de Enjuiciamiento Civil -al que se remite su artículo 398.1 en sede de apelación- con el fin de no hacer especial declaración sobre las costas causadas por el recurso de apelación, sobre la base de los aspectos jurídicos que afectan a la excepción formal invocada, de la dilación de este asunto y de la prueba del estado de necesidad económica de **Marcial**. En todo caso, debemos disponer la pérdida del depósito constituido para apelar, en cumplimiento del apartado 9 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial (añadida por el artículo 1.19 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre).

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS : 1. DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el demandado, **Gervasio**, contra la sentencia referida, que CONFIRMAMOS íntegramente.

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

3. Asimismo, disponemos la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Sin perjuicio del derecho de las partes a intentar cuantos recursos consideren legalmente procedentes, contra esta resolución pueden haber, en su caso, los recursos de casación y de infracción procesal, a interponer ante esta misma Audiencia Provincial en un plazo de veinte días, respetando, en todo caso, todas las disposiciones



legales reguladoras de dichos recursos, incluida la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Notifíquese y devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con un testimonio de esta resolución, para que tenga lugar la ejecución y cumplimiento de lo resuelto.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá un testimonio al rollo de Sala, definitivamente juzgando en esta segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA .- La pongo yo, la Letrada de la Administración de Justicia, para hacer constar que la anterior sentencia, dictada por la Sala, ha quedado publicada en la forma dispuesta por el artículo 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ