



Roj: **SAP B 12368/2018 - ECLI:ES:APB:2018:12368**

Id Cendoj: **08019370122018101077**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **18/12/2018**

Nº de Recurso: **5/2018**

Nº de Resolución: **1163/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68, planta baixa - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294443

FAX: 938294450

EMAIL:aps12.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0818442120128169722

### **Recurso de apelación 5/2018 -R2**

Materia: Guarda y custodia

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de DIRECCION000

**Procedimiento de origen:Guarda, custodia o alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados 607/2012**

Parte recurrente/Solicitante: Benito

Procurador/a: BELEN GURRUCHAGA OLAVE

Abogado/a: Lluís Mestres I Nualart

Parte recurrida: Antonia

Procurador/a: Montserrat Zaragoza Formiga

Abogado/a: Fernando Carrasco Gómez

### **SENTENCIA N° 1163/2018**

#### **Magistrados:**

Dª Pilar Martín Coscolla

D. José Pascual Ortuño Muñoz

Dª Raquel Alastruey Gracia

Barcelona, 18 de diciembre de 2018

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En fecha 8 de enero de 2018 se han recibido los autos de Guarda, custodia o alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados 607/2012 remitidos por Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de DIRECCION000 a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora BELEN GURRUCHAGA OLAVE, en nombre y representación de Benito contra Sentencia de



30/06/2016 y en el que consta como parte apelada la Procuradora Montserrat Zaragoza Formiga, en nombre y representación de Antonia .

**SEGUNDO.-** El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"Que estimando íntegramente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales VICENÇ RUIZ AMAT, en nombre y representación de Antonia , contra Benito , declaro:

10) que la patria potestad será ejercida conjuntamente por ambos cónyuges, debiendo, en consecuencia, adoptar de mutuo acuerdo las decisiones referentes a la ejercicio de la misma, debiendo acudir a la autoridad judicial en caso de discrepancia.

2º) que en relación a la guarda y custodia de la hija menor Felicidad , se atribuye a la madre.

30) que no se establece régimen de visitas a favor del padre, pudiendo el padre comunicarse con los menores vía telefónica, correo ordinario o electrónico o por cualquier medio telemático.

4º) que se fija una pensión de alimentos a favor de Felicidad a cargo del padre de 1.000 euros mensuales pagaderos dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre, con efectos desde la interposición de la demanda. El importe de la pensión se actualizará el mes de enero de cada año, tomando como base para el inicio del cómputo el mes de enero del año anterior, de conformidad con las variaciones que experimente el índice de precios al consumo que publica el Instituto nacional de estadística (u organismo que lo sustituya) en relación con Cataluña. Por lo que se refiere a los gastos extraordinarios serán afrontados por mitad entre ambos progenitores.

5º) se acuerda la prohibición de salida de territorio nacional de la menor Felicidad sin el consentimiento de su madre.

Sin imposición de costas a ninguna de las partes del procedimiento."

**TERCERO.-** El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 05/12/2018.

**CUARTO,.** En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

VISTO, siendo Ponente el Ilmº sr. Don José Pascual Ortuño Muñoz.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los Fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada, salvo en lo que se dirá.

**PRIMERO.-** Impugna la representación del esposo demandado la sentencia de primera instancia que ha establecido medidas reguladoras del ejercicio de la patria potestad sobre una hija menor. Alega como motivo único la nulidad de las actuaciones al haberse seguido el proceso con vulneración grave de las normas del proceso y, por lo tanto, de forma indebida. Se alega la falta de notificación de la declaración de rebeldía y del señalamiento de la vista en tales condiciones, así como de no haber tenido en cuenta que el divorcio entre los litigantes ya había sido declarado por sentencia firme anterior a la interposición de la demanda origen de estas actuaciones por los tribunales de la Federación Rusa, cuya resolución había sido notificada a la hoy actora mediante comisión rogatoria, tramitada por el Juzgado de 1ª Instancia de DIRECCION001 .

La representación de la demandada y el Ministerio Fiscal, solicitaron la confirmación de la sentencia de primera instancia.

**SEGUNDO.-** Por lo que se refiere a la declaración de nulidad solicitada, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo tienen sentada la doctrina consolidada sobre la nulidad de actuaciones procesales en el sentido de que, para que deba ser apreciada la misma, han de concurrir cuatro elementos: el primero de ellos, la infracción de una norma procesal de carácter preeminente o "esencial" como la denomina el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en segundo término, que se haya producido efectiva indefensión a una de las partes respecto a los principios de asistencia, audiencia y defensa, en tercer lugar que el defecto procedimental no sea subsanable, y por último que se haya procedido a advertir el vicio de nulidad a través de los recursos ordinarios contra las resoluciones dictadas. Así se desprende, entre otras, de las sentencias del T. Constitucional nº 212/92, de 30.11.1992; y nº 10/1993, de 18.1.1993; y de las sentencias del T. Supremo de 6.5.1991 (Sala III), 11. 7.1991 (Sala II), y 9.4.1996 (Sala I).

En este caso no concurre ninguno de los requisitos legal y doctrinalmente establecidos.



El recurrente fue emplazado en su domicilio en Kirovsky (Novorosibirsk) que cumplimentó la comisión rogatoria para el emplazamiento y la citación, tal como queda patente con la incorporación de los despachos correspondientes y las traducciones de los mismos que lo ponen de manifiesto.

La declaración de rebeldía y citación para el acto de la vista también le fue notificada de la misma forma el día 24.12.2015 y obra unida a los autos principales por Diligencia de Ordenación de 21.4.2016.

La consecuencia de lo anterior es que no se vulneró el derecho fundamental a la tutela efectiva por cuanto no concurre el vicio de nulidad por quebrantamiento de normas y garantías procesales que se alega en el recurso. El demandado tuvo conocimiento del proceso y pudo, y debió, comparecer en debida forma a usar de su derecho. La rebeldía debe considerarse voluntaria o estratégica y, por lo tanto, no puede ser anulada la resolución.

**TERCERO.-** No obstante lo anterior, la parte recurrente alega, como segundo fundamento de su recurso por el que con carácter subsidiario solicita la rescisión de la sentencia, que no se tuvo en cuenta la existencia de la declaración de divorcio dictada por los tribunales rusos en fecha 23.9.2011 que también fijó medidas personales respecto a la hija encomendando la custodia a la madre y visitas con el padre. Imputa actuación de mala fe a la parte actora por haber ocultado tal circunstancia, pese a que no solo se había notificado a la misma la sentencia extranjera, sino que, mediante proceso de Jurisdicción Voluntaria nº 823/2013-B del Juzgado de DIRECCION001, se dictó Auto de 5.5.2014 que acordó el reconocimiento en España de la referida sentencia.

Ciertamente ha existido una anomalía en la gestión procesal en el trámite dado a los presentes autos por cuanto el demandado, hoy recurrente, remitió carta al Juzgado de DIRECCION000, tras ser emplazado, explicando estas circunstancias. El Juzgado entendió, sin más, que tales manifestaciones se debían tener por no realizadas por no haber comparecido mediante procurador y abogado para alegar formalmente la cosa juzgada. Tal modo de proceder es correcto desde el punto de vista de la norma procesal, pero, al tratarse de una materia de orden público que afectaba a una persona menor de edad, el juzgado debió obrar de oficio (ya que el Ministerio Fiscal no realizó petición alguna en este aspecto), recabar del Juzgado de DIRECCION001 tales antecedentes y, en todo caso, dar traslado a la parte actora para que ofreciera las explicaciones oportunas.

Ciertamente, en este caso, los demandados declarados en rebeldía disponen de la vía del artículo 501 de la LEC que prevé el remedio excepcional de la rescisión de la sentencia en casos precisos y tasados. Pero ninguno de los presupuestos legales concurre aquí por cuanto ni el demandado fue citado por el BOE, ni existió fuerza mayor, ni la cédula fue entregada a persona desconocida.

En todo caso procedería la revisión de la sentencia por concurrir la causa 1ª (in fine) y/o 4ª del artículo 510 de la LEC, si se acreditase la mala fe de la parte actora. Tal vía no ha sido propuesta, ni tampoco es competente este tribunal.

En cualquier caso, y obrando de oficio, este tribunal considera que existen dos circunstancias por las que debe mantenerse la eficacia de la resolución recurrida: la primera es que el objeto de la demanda no es la declaración de divorcio. No se establece cuestión alguna sobre el estado civil. La actora únicamente solicita la adopción de medidas en relación con la hija menor, y a tal efecto:

Respecto a la contribución de los alimentos en beneficio de la hija, la sentencia dictada por los tribunales rusos no realizó pronunciamiento alguno, lo que es coherente con la falta de competencia respecto a la materia de alimentos de tales tribunales por tener la menor su domicilio en España tanto en el momento de ser dictada la primitiva sentencia de divorcio como al ser interpuesta la demanda de medidas objeto de esta apelación. La sentencia de divorcio dictada se focalizó en lo relativo al estado civil de los cónyuges, ambos de **nacionalidad** rusa. En consecuencia, la sentencia recurrida debe ser confirmada en cuanto a la prestación alimenticia destinada a la hija. Por otra parte, el recurrente no efectúa ninguna alegación revocatoria en cuanto al establecimiento de la obligación alimenticia ni su cuantía, por lo que debe ser declarada firme y ejecutoria, con plenos efectos en el derecho interno y en el ámbito internacional.

Respecto a las medidas personales sobre la hija menor, es de señalar que la hija Felicidad, nació el NUM000.2001 y, por consiguiente, cuenta ya con 17 años. En el momento actual la hija ya está en condiciones de decidir por sí misma en lo que se refiere a las visitas y estancias con el padre por cuanto el artículo 211-10 del Código Civil de Cataluña prevé la emancipación de los hijos menores a partir de los 16 años cuando los padres vivan separados. Por lo tanto, el objeto de la demanda (y del recurso) en este aspecto, ha perdido su objeto.

La consecuencia de lo anteriormente razonado es que el recurso debe ser desestimado en su integridad.

**CUARTO.-** A pesar de la desestimación del recurso de apelación, las dudas de hecho y de derecho que concurren respecto a la buena fe de la actora y la eficacia en esta causa de la sentencia de divorcio anterior,



determina que no proceda realizar pronunciamiento especial sobre las costas de la alzada, de conformidad con lo que establece el artículo 398, en relación con el 394 de la LEC.

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

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la representación del señor Benito contra la Sentencia de fecha 30 de junio de 2016 del Juzgado de 1ª Instancia nº DOS de DIRECCION000 , sobre medidas de custodia y alimentos respecto de la hija menor de los litigantes Felicidad (nacida el NUM000 .2001), en el que ha sido demandante y apelada la señora Antonia y el MINISTERIO FISCAL, por lo que debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la referida resolución en cuanto a la pensión alimenticia para la referida hija menor, manteniendo la guarda a la madre hasta la mayoría de edad de la hija y dejando sin efecto por pérdida de objeto las medidas relativas a las visitas, estancias y comunicación de la hija con el padre que deberán ser objeto de acuerdo entre el progenitor y la hija; y ello sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

Una vez que alcance firmeza esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma, para su cumplimiento.

**Modo de impugnación:** recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** ( regla 1.3 de la DF 16ª LEC) ante el Tribunal Supremo ( art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.