



Roj: **SAP V 881/2020 - ECLI: ES:APV:2020:881**

Id Cendoj: **46250370102020100111**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **10**

Fecha: **27/02/2020**

Nº de Recurso: **995/2019**

Nº de Resolución: **137/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **CARLOS ESPARZA OLCINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO Nº : 000995/2019

SECCIÓN 10ª

SENTENCIA nº 137/2020

SECCIÓN DÉCIMA:

Ilustrísimos Sres.:

Ilmos/as. Sres/as.: **Presidente:** Dª Pilar Manzana Olcina **Magistrados/as:** D. Carlos Esparza Olcina Dª. Ana Delia Muñoz Jiménez

En Valencia, a veintisiete de febrero de dos mil veinte

Vistos ante la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, en grado de apelación, los autos de Medidas Hijos Extramatrimoniales Contencioso [MHC], nº 000654/2017, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 2 DE DIRECCION000 , entre partes, de una como demandante apelado, D/Dª. Ambrosio , dirigido por el/la Abogado/a D/Dª. JOSE VICENTE MORENO CORTES, y representado por el/la Procurador/a D/Dª. FRANCISCO JOSE REAL MARQUES, y de otra como demandada apelante, D/Dª. Virginia , dirigida por el/la Abogado/a D/Dª. ISIDRO NIÑEROLA GIMENEZ y representada por el/la Procurador/a D/Dª. IGNACIO ZABALLOS TORMO. Siendo parte el MINISTERIO FISCAL.

Es ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a D. CARLOS ESPARZA OLCINA.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- En dichos autos por el Ilmo. Sr. Juez de JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 2 DE DIRECCION000 , en fecha 7-9-2018 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: " *Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Real Marqués, en nombre y representación de D. Ambrosio , acuerdo como medidas sobre guarda, custodia y alimentos del hijo común, Bruno las siguientes:*

La patria potestad se atribuye a ambos progenitores, ejerciendo la misma de forma exclusiva el Sr. Ambrosio como está haciendo en el momento de la solicitud. Atendiendo a que la madre se encuentra residiendo fuera de España, la guarda y custodia se otorga al padre.

Para el supuesto en que la Sra. Virginia regresara a España se otorga como régimen de visitas fines de semana alternos desde el viernes a las 17.00 hjas hasta el domingo a las 20 horas debiendo recoger la Sra. Virginia al menor en el centro escolar y restituirlo al domicilio del progenitor custodio a la hora pactada, pernoctando por tanto con la progenitora no custodia las noches del viernes y sábado. Asimismo, los martes y los jueves desde las 17.00 horas a las 20.00 horas la madre podrá disfrutar de la compañía del menor. Siendo recogido el menor del centro educacional al que acuda y reintegrado en el domicilio paterno. Los festivos anteriores y posteriores al fin de semana que a la progenitora no custodia le corresponda la práctica de visitas serán adicionados al fin de semana, prolongándose el período que comparta con la progenitora no custodia.



Las vacaciones de Navidad, Fallas y Semana Santa se disfrutarán por mitad por los progenitores, desde las 20.00 horas del último día lectivo hasta las 20.00 horas del último día vacacional eligiendo la madre los años pares y el padre los impares. En verano para el período comprendido entre el 1 de julio y el 31 de agosto, cada progenitor podrá disponer de la compañía de su hijo la mensualidad de julio o la de agosto o, en su defecto, y previa división de las vacaciones estivales en cuatro períodos, por quincenas del 1 al 15 de julio, del 16 al 31 del mismo mes y del 1 al 16 de agosto o del 17 al 31 del mismo mes.

En todo momento, los padres permitirán comunicación del menor con el progenitor con el que no conviva en esos instantes y con los respectivos familiares de éstos.

Para cualquier viaje nacional o internacional que realice el menor se requerirá previa autorización expresa de ambos progenitores.

Como pensión de alimentos la madre deberá abonar al padre 180 euros mensuales mediante ingreso en la cuenta corriente que se designe a tal efecto por el progenitor custodio y actualizables conforme al IPC.

No procede condena en costas."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia por la representación de Virginia se interpuso recurso de apelación que fue admitido en ambos efectos, y previo emplazamiento de las partes se remitieron los autos a esta Audiencia en donde comparecieron dentro de plazo; se ha tramitado el recurso celebrándose la vista el día 26-2-2020, a cuyo acto asistieron los letrados y las representaciones de las partes que constan en la diligencia de vista extendida a tal efecto, solicitando se dictara sentencia conforme a las pretensiones de sus respectivos patrocinados.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

PRIMERO.- La demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 2 de DIRECCION000 el día 7 de septiembre de 2.018, que asignó al actor la guarda del hijo, de 11 años de edad, así como el ejercicio de la patria potestad, fijó un régimen de comunicación para regular las relaciones materno-filiales, en el caso de que la demandada venga a España, consistente en los fines de semana alternos, desde los viernes a las 17 horas hasta las 20 horas del domingo, así como los martes y los jueves desde las 17 a las 20 horas, así como la mitad de las vacaciones escolares, y deberá abonar la suma de 180 euros en concepto de alimentos para el hijo.

Pide la demandada que se acuerde la nulidad de las actuaciones procesales, y, en su defecto, se le asigne el uso de la guarda del hijo para ser ejercida en Chile, y subsidiariamente, que pueda estar con su hijo durante las vacaciones de Pascua, y dos tercios de las estivales, y se autorice el traslado del menor a Chile durante las vacaciones.

SEGUNDO.- En relación con la petición de nulidad de las actuaciones, se comprueba que el emplazamiento de la demandada en **Venezuela** se llevó a cabo por vía postal, y que firmó el acuse de recibo una persona que no ha resultado identificada (folio 21). El Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1.965 sobre notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales prevé en su artículo 10, a) las notificaciones por correo directamente a la persona interesada, pero aunque el tratado fue ratificado por **Venezuela**, este país excluyó que en su territorio pudiese utilizarse la vía postal directa. La Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias de Panamá, de 30 de enero de 1.975, no prevé la utilización de ese modo de comunicación.

Por ello, la sala llega a la conclusión de que el emplazamiento de la demandada no se efectuó de modo legal, ni hay certeza de que llegara a conocimiento de la demandada, lo que le creó una indefensión que debe llevar aparejada la declaración de nulidad que se interesa, de acuerdo con el artículo 238-3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para que se realice de nuevo el emplazamiento de acuerdo con la legislación aplicable.

TERCERO.- Con el objeto de que la relación materno-filial no se deteriore con el transcurso del tiempo hasta que se dicte una nueva sentencia, la sala entiende procedente, al amparo del artículo 158 del Código Civil, la fijación de un régimen de convivencia y comunicación provisional, que regirá hasta que se dicte la sentencia en la instancia, que tendrá en consideración el hecho de que la demandada reside y trabaja ahora en Chile, lo que hace que sus contactos se espacien en el tiempo. Se tiene en cuenta también que el menor, en la exploración realizada en el procedimiento de sustracción internacional 657/2018, dijo que quería ver a su madre, aunque está contento en España. Por ello, la guarda la tendrá el actor, pero cuando la demandada esté en España, lo que deberá comunicar con una semana de antelación, el menor vivirá con ella, y si la estancia se prolonga para comprender algún fin de semana, el actor tendrá derecho a estar con su hijo los fines de semana alternos desde las 17 horas del viernes a las 20 horas del domingo, empezando por el primer fin de semana del periodo en cuestión. También estará la madre en compañía de su hijo durante las dos terceras partes de las vacaciones



escolares de verano, así como la mitad de las vacaciones de semana santa, navidad y fallas, elegirá ella los periodos en los años pares, y el actor en los impares. El menor no podrá ser trasladado fuera del territorio español por cualquiera de los dos progenitores sin el consentimiento de ambos, o, en su defecto, la autorización judicial, lo que se considera necesario para contrarrestar el peligro de un traslado ilícito.

Es también necesario acordar que la demandada abone durante ese tiempo hasta la sentencia, 180 euros al mes actualizables para contribuir al mantenimiento de su hijo en la cuenta que designe el demandante, cuantía que se estima adecuada en atención a que la apelante desarrolla un trabajo remunerado en el ámbito de su titulación de médico.

La sala entiende también, que, hasta que el Juzgado resuelva, procede asignar a ambos, conforme al artículo 156 del Código Civil, el ejercicio conjunto de la patria potestad, lo que exigirá a ambas partes la habilitación de canales fluidos de comunicación entre ellas en aras del interés del menor.

Debe, en consecuencia, estimarse el recurso de apelación interpuesto.

CUARTO.- De acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer expresa imposición de las costas de la alzada.

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, en nombre de Su Majestad el Rey

Ha decidido:

Primero.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 2 de DIRECCION000 el día 7 de septiembre de 2.018.

Segundo.- Acordar la nulidad de las actuaciones procesales desde el momento inmediatamente posterior al decreto que ordenó el emplazamiento de la demandada, para que se lleve a cabo de forma legal, y prosiga el procedimiento hasta la sentencia. Hasta ese momento, de manera provisional, ambos ejercerán la patria potestad de manera compartida, la guarda la tendrá el actor, pero cuando la demandada esté en España, lo que deberá comunicar con una semana de antelación, el menor vivirá con ella, y si la estancia se prolonga para comprender algún fin de semana, el actor tendrá derecho a estar con su hijo los fines de semana alternos desde las 17 horas del viernes a las 20 horas del domingo, empezando por el primer fin de semana del periodo en cuestión. También estará la madre en compañía de su hijo durante las dos terceras partes de las vacaciones escolares de verano, así como la mitad de las vacaciones de semana santa, navidad y fallas, elegirá ella los periodos en los años pares, y el actor en los impares. El menor no podrá ser trasladado fuera del territorio español por cualquiera de los dos progenitores sin el consentimiento de ambos, o, en su defecto, la autorización judicial. La demandada abonará la suma de 180 euros al mes, actualizables según el Índice de Precios al Consumo, en la cuenta que designe el demandante.

Tercero.- No hacer expresa imposición de las costas de la alzada.

En cuanto al depósito consignado para recurrir, se declara su devolución.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por interés casacional siempre que concurren las causas y se cumplimenten las exigencias del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en su caso, y acumuladamente con al anterior, recurso extraordinario por infracción procesal, en un solo escrito, ante ésta Sala, en el **plazo de veinte días**, contados desde el siguiente a su notificación, adjuntando el depósito preceptivo para recurrir establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre; salvo que tenga reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, el cual deberán acreditar, al efectuar cualquier solicitud ante el Tribunal superior.

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

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Décima de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.