



Roj: **SAP V 3209/2023 - ECLI:ES:APV:2023:3209**

Id Cendoj: **46250370102023100602**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **10**

Fecha: **18/10/2023**

Nº de Recurso: **932/2023**

Nº de Resolución: **584/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE LUIS CONDE-PUMPIDO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL

### SECCIÓN DÉCIMA

#### VALENCIA

NIG: 46017-41-1-2021-0000791

#### RECURSO DE APELACIÓN (LECN) [RPL] Nº 000932/2023 -PX-

Dimana de: **Divorcio** Nº 000172/2021

Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 3 DE ALZIRA

#### SENTENCIA nº.584/23

#### SECCIÓN DÉCIMA:

#### Ilustrísimas Señorías:

**Presidente:** D.CARLOS ESPARZA OLCINA **Magistrados/as:** Dª ANA DELIA MUÑOZ JIMÉNEZ D. JOSE LUIS CONDE-PUMPIDO GARCIA

En Valencia, a dieciocho de octubre de dos mil veintitrés

Vistos ante la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, en grado de apelación, los autos de **DIVORCIO** nº 000172/2021, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 3 DE ALZIRA, entre partes, de una como demandante, Dª. Gracia representada por la Procuradora Dª. MARIA EUGENIA MERELO FOS y defendido por el Letrado D. VICENTE SEGLAR OCAÑA y de otra como demandado, D. Avelino, representado por la Procuradora Dª. MARIA LUISA FOS FOS y defendido por la Letrada Dª YASMINA LOPEZ MARTINEZ. Siendo parte el MINISTERIO FISCAL

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D.. JOSE LUIS CONDE-PUMPIDO GARCIA.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En dichos autos por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 3 DE ALZIRA, en fecha 25-5-23, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:"SE ESTIMA PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Dª. Gracia contra D. Avelino, y en consecuencia DEBO DECLARAR Y DECLARO la **disolución del matrimonio por causa de DIVORCIO** de los citados, contraído el 04/04/2004 en Kasar el Kebir (**Marruecos**), con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, decretándose como **MEDIDAS DEFINITIVAS** las siguientes: **1)** La suspensión de la vida común de los casados, la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiere otorgado al otro, y el cese de la posibilidad de vincular de forma alguna al cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica; así como la disolución del régimen económico matrimonial de vigente en el matrimonio. **2)** La **PATRIA POTESTAD** del menor Fulgencio nacido el NUM000 /2011, hijo común de las partes corresponde a ambos progenitores,



D<sup>a</sup>. Gracia y D. Avelino, si bien el **EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD SE ATRIBUYE PARCIALMENTE EN EXCLUSIVA A LA MADRE**, D<sup>a</sup>. Gracia, en las materias siguientes: en decisiones relativas a aspectos tales como las matrículas escolares/instituto, obtención del D.N.I y pasaporte de los menores, autorización para realizar viajes/excursiones escolares, solicitud de becas, trámites sanitarios, administración de vacunas, asistencia médica, entrada y salida de España etc **3) La GUARDA Y CUSTODIA** del hijo menor Fulgencio, se atribuye a favor de su madre D<sup>a</sup>. Gracia. **4) No se fija RÉGIMEN DE VISITAS** en favor del padre, D. Avelino, por los motivos expuestos en el fundamento de derecho tercero punto 3º) de la presente sentencia. **5) En concepto de PENSIÓN DE ALIMENTOS** para para el hijo mayor de edad Leonardo nacido el NUM001 /2005 y también para el hijo menor de edad Fulgencio nacido el NUM000 /2011, se establece la cantidad de **200 € mensuales por hijo** y estará a cargo del padre D. Avelino, que será ingresada en la cuenta de la progenitora que es la de **CAIXABANK NUM002**, durante los 5 primeros días de cada mes, y se actualizará conforme al IPC. La pensión de alimentos se abonará desde el dictado de la presente resolución. Los **gastos extraordinarios** de los hijos serán sufragados al 50% entre ambos progenitores, considerándose como tales, y de carácter *necesario* para el desarrollo y formación de los hijos, entre otros, los tratamientos médicos o facultativos no incluidos en la Seguridad Social o seguro privado, tales como logopeda, gafas, lentillas, audífonos, psicólogo, fisioterapia, las intervenciones quirúrgicas de urgencia, las clases de apoyo escolar recomendados por el centro educativo, los tratamientos farmacéuticos no básicos con prescripción médica. Estos gastos extraordinarios *necesarios*, serán sufragados previo *acuerdo* de ambos progenitores al 50%, y si no lo hay se abonará por el progenitor que promueve, organiza o gestiona el gasto, sin ser consensuados y aprobados por el otro progenitor, y sin perjuicio de su posterior reclamación de porcentaje correspondiente al otro progenitor. Se consideran gastos extraordinarios de carácter *no necesario o no recomendados como refuerzo por el colegio o por prescripción o consejo médico o psicológico*, pero convenientes para el desarrollo y formación de la hija, entre otros las actividades extraescolares (deporte, idiomas, informática, ...) la ortodoncia, salvo que se considere necesaria por problemas médicos, cursos de verano, estudios en el extranjero, viajes de estudios, carnet de conducir. Estos gastos solo se deberán de asumir al 50% los que se realicen por común acuerdo entre los progenitores, siendo en caso contrario asumido su pago por aquél que haya decidido la realización de dicha actividad. En todo caso, los gastos extraordinarios que no tengan carácter urgente deberán de ser consentidos por ambos progenitores, entendiéndose que el contrario consiente en la realización del gasto cuando, notificada la intención de realizar el mismo y su importe, con los documentos correspondientes, por cualquier medio fehaciente, dejare transcurrir el plazo de veinte días sin mostrar oposición al mismo. En caso de discrepancia entre las partes sobre la procedencia del gasto, deberá de someterse a decisión judicial. Sólo los de carácter urgente y necesario se podrán realizar sin previo consentimiento o autorización judicial. **6) El uso y disfrute de la vivienda familiar**, se atribuye a la progenitora D<sup>a</sup>. Gracia y a sus hijos.

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia por la representación procesal de la parte demandada se interpuso recurso de apelación, y verificados los oportunos traslados a las demás partes para su oposición al recurso o impugnación a la sentencia se remitieron los autos a esta Secretaría donde se formó el oportuno rollo, señalándose el día de hoy para la deliberación, votación y fallo del recurso, sin celebración de vista, al no haberse considerado necesaria ésta ni practicado prueba.

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

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** *Objeto del procedimiento y del recurso.*

En fecha 8 de febrero de 2021, la representación procesal de Gracia formuló demanda de **divorcio** frente a Avelino en la que interesaba la adopción de las siguientes medidas: patria potestad compartida; custodia individual materna; uso de la vivienda familiar para la madre; régimen de visitas entre el padre y los hijos menores de un fin de semana al mes sin pernocta y 7 días en los periodos de vacaciones escolares; pensión de alimentos de 300 euros para cada hijo y pago por mitad de sus gastos extraordinarios; prohibir al demandado salir del territorio español con los hijos sin autorización de la madre, y autorizar a la madre para renovar por sí sola los pasaportes de los hijos.

El 1 de marzo de 2022, el demandado contestó a la demanda interesando que como medidas derivadas del **divorcio** se adoptaran las siguientes: patria potestad compartida, custodia individual materna, régimen de visitas de fines de semana alternos con pernocta y mitad de vacaciones, y una pensión de alimentos de 150 euros para cada hijo y pago por mitad de los gastos extraordinarios.

El 22 de mayo de 2023 se celebró vista, en la que ambas partes, a la vista del tiempo transcurrido y la existencia de hechos nuevos, modificaron sus pretensiones iniciales. La actora interesó la privación de la patria potestad del demandado y que no se establecieran visitas entre el padre y los hijos. El demandado interesó la suspensión



del juicio ante la existencia de otro procedimiento de **divorcio** ante los tribunales de **Marruecos**, solicitud que le fue denegada sin que recurriera esa decisión. Tras la celebración de la vista, se dictó sentencia en primera instancia en la que, declarando la competencia de los tribunales españoles, decretó el **divorcio** y adoptó las siguientes medidas: 1) patria potestad compartida respecto del hijo menor, atribuyendo su ejercicio exclusivo a la madre; 2) custodia individual materna; 3) no se fijan visitas; 4) pensión de alimentos de 200 euros para cada hijo y pago por mitad de sus gastos extraordinarios allí especificados, y 5) atribución del uso de la vivienda familiar a la progenitora con sus hijos.

Contra esa sentencia, recurre en apelación la parte demandada, alegando como motivos: 1) litispendencia o cosa juzgada derivada de la existencia de otro procedimiento de **divorcio** en **Marruecos**, y 2) error en la adopción de las medidas derivadas del **divorcio**. Solicitaba, con carácter principal, la nulidad de actuaciones para que se llevara a cabo la traducción de los documentos relativos al procedimiento judicial en **Marruecos** para posteriormente archivar el procedimiento por duplicidad de procedimientos, así como la modificación de las medidas adoptadas en la sentencia sobre patria potestad (para que se acordara su ejercicio compartido), visitas (para que se fijara un régimen mínimo y unas comunicaciones) y alimentos (para que se redujeran a 170 euros mensuales). Tanto la parte apelada como el Ministerio Fiscal se han opuesto al recurso y han interesado su desestimación.

#### **SEGUNDO.- Nulidad de actuaciones por litispendencia.**

Con carácter principal, interesa el demandado apelante la nulidad de la sentencia y del acto de la vista al no haber atendido el Juzgado su solicitud de suspensión de la vista y del procedimiento tras la presentación de unos documentos judiciales de **Marruecos** del que se desprendía la existencia de otro procedimiento de **divorcio** ante los tribunales de ese Estado, que produciría una litispendencia internacional. La nulidad derivaría de la negativa del Juzgado español a acordar la traducción de esos documentos y de exigir a esa parte la aportación de la traducción, sin tener en cuenta que es titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita y, por tanto, estaría exento de tener que pagar una traducción.

Conforme a los artículos 238 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 225 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, serán nulos de pleno derecho los actos procesales cuando se prescinda de las normas esenciales del procedimiento siempre que se haya podido producirse indefensión, y ésta sea efectiva, esto es, cuando la vulneración de la norma lleve consigo consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por ella ( SSTC de 23 de abril y 27 de mayo de 1986, entre otras muchas). Para declarar la nulidad de actuaciones procesales se hace preciso la concurrencia de tres requisitos: 1º) La existencia de una infracción procesal sustancial, esto es, de una omisión total y absoluta de las normas esenciales del procedimiento, por lo que en sentido contrario no cualquier infracción de las normas procedimentales podrá determinar la nulidad de las actuaciones judiciales; 2º) En segundo término, que como consecuencia directa de tal infracción procesal se haya producido indefensión, a cuyo efecto ha señalado el Tribunal Constitucional que la indefensión relevante a efectos de la nulidad de actuaciones no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por ella - STC 48/1986, de 23 de abril-, por tanto, dicha indefensión es algo diverso de la indefensión meramente procesal, y debe alcanzar una significación material, produciendo una lesión efectiva en el derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española - STC 18/1983, de 13 de diciembre, y 102/1987, de 17 de junio-, y 3º) En tercer lugar, por último, que la nulidad de actuaciones se haga valer, en todo caso, a través de los recursos establecidos en la ley, concretamente de los de reposición, y apelación, si hubiere existido posibilidad de ello, o de los demás medios establecidos en la ley; petición de nulidad que, sin lugar a dudas, como se dispone en las SSTC de 4 de marzo de 1986 y 12 de mayo de 1987, debe estar presidida por la premisa de ser remedio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación, dada la notoria connotación procedimental que supone tanto para las partes como para el principio de celeridad y economía procesal. Asimismo, también se señala que la indefensión es irrelevante cuando es imputable a negligencia de la propia parte, ya que no puede alegar vulneración del derecho de defensa quien se coloca a sí mismo en la situación que la provoca, o quien no hubiera quedado indefenso de actuar con la diligencia razonablemente exigible, ya que no es admisible constitucionalmente una queja de indefensión de quien con su conducta propició o coadyuvó a la misma (STC 184/2.005, de 4 de julio). El Tribunal Constitucional en numerosísimas sentencias (se reseñan entre otras muchas la número 57/1984, 89/1985, 152/1985, 38/1988 y 10/1993) delimita el concepto de indefensión, en cuanto para su apreciación es necesario además que la parte en el procedimiento muestre la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca así mismo en tal situación o quien no hubiese quedado indefenso de actuar con la diligencia exigible. Así de forma más reciente, la STC de 24 de septiembre de 2007, dice "está excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión cuando es debida a la propia pasividad, de la parte o de los profesionales que la representan o defiendan" (por ejemplo, SSTC 85/2006, de 27 de marzo, y 61/2007, de



26 de marzo, entre tantas otras). Trasladas las anteriores consideraciones al caso de autos no es posible estimar la nulidad de actuaciones invocada por la parte recurrente y ello por cuanto que, cuando en el acto de la vista la Juez de Primera Instancia rechazó su solicitud de suspensión de la vista y de que se procediera a traducir de oficio los documentos presentados en idioma extranjero, la parte se conformó con esa decisión, sin recurrirla ni formular protesta. De ahí que no quepa reproducir esa cuestión en la segunda instancia, con desestimación de este primer motivo del recurso.

#### **TERCERO.- Medidas derivadas del *divorcio*.**

Con carácter subsidiario, la parte apelante impugna algunos de los pronunciamientos de la sentencia relativos a las medidas adoptadas en relación con sus hijos, en concreto, el ejercicio de la patria potestad, el régimen de visitas y la pensión de alimentos.

Respecto de la patria potestad, la sentencia ha establecido su titularidad conjunta, pero ha atribuido a la madre custodia el ejercicio exclusivo, al amparo del artículo 156 del CC. Esta decisión resulta la más adecuada para el interés del hijo menor Fulgencio, de 11 años (el hijo Leonardo ha alcanzado en fechas recientes la mayoría de edad), porque consta que desde el cese de la convivencia familiar a principios de 2021 a consecuencia de un episodio de violencia de género, los hijos han quedado viviendo con la madre en el domicilio familia en DIRECCION000, mientras que el padre ha pasado a residir en Barcelona, sin tener apenas contacto con sus hijos ni con la esposa, habiendo tenido la madre problemas de tipo administrativo y burocrático (renovación del pasaporte de los hijos, matriculación en el Instituto, solicitud de becas...) a consecuencia de la ausencia y falta de colaboración del padre, cuya firma se exigía en estos trámites como cotitular de la patria potestad. Esta situación aconseja, en beneficio del hijo menor, atribuir a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad, a fin de que pueda tomar por sí misma todas aquellas decisiones importantes que se planteen en la vida diaria respecto del menor.

En cuanto a las visitas, la sentencia recurrida acordó no establecer ningún régimen en atención a unos argumentos que este Tribunal comparte: 1º) el progenitor está incurso en un proceso penal por violencia de género, en el que fue condenado mediante sentencia de 4 de enero de 2022 en el procedimiento de Diligencias Urgentes 3/2021 del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Alzira, que dio lugar a la Ejecutoria 169/2021 del Juzgado de lo Penal n.º 5 de Valencia, sin que conste que se hayan cumplido íntegramente las penas conforme consta en la consulta del SIRAJ; 2º) porque el padre ha incumplido de forma reiterada el régimen de visitas que se estableció en el auto de medidas de protección de 4 de enero de 2021 en el referido proceso penal; y 3º) porque el hijo menor (al igual que su hermano mayor) manifestaron expresamente su firme negativa a tener visitas con su progenitor atendida la mala relación existente y la falta de interés del padre. Por ello, la decisión judicial debe confirmarse.

Finalmente, en lo que respecta a la cuantía de la pensión de alimentos, fijada en 200 euros mensuales para cada hijo, el progenitor pretende que se reduzca a 170 euros por hijo, alegando carecer de ingresos suficientes para hacer pago a la pensión fijada. Estas alegaciones han quedado totalmente huérfanas de sustento probatorio, por cuanto que el demandado no ha aportado ninguna prueba sobre sus circunstancias económicas, habiendo sido el juzgado el que ha realizado averiguación patrimonial a través del PNJ, de donde resulta que el Sr. Avelino ha venido trabajando con regularidad (a fecha 2 de marzo de 2022 había cotizado a la Seguridad Social un total de 14 años, 8 meses y 7 días), así como que tenía un contrato de trabajo desde el 22 de noviembre de 2021, sin que por el mismo se haya aportado ni un solo documento acreditativo de sus ingresos y gastos. Si a eso se añaden los escasos ingresos de la madre, las necesidades ordinarias de los hijos, y que la cuantía establecida de 200 euros no es muy elevada, procede desestimar el recurso también en este punto.

#### **CUARTO.- Costas.**

Aunque se haya desestimado el recurso de apelación, la especial naturaleza de la materia e intereses en juego hace inviable la imposición de las costas procesales ( art. 398 LEC).

### **FALLAMOS**

En atención a lo expuesto, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia,

#### **Ha decidido:**

Que, **DESESTIMANDO** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Avelino, contra la Sentencia dictada por la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alzira en fecha veinticinco de mayo de dos mil veintitrés, en autos de **Divorcio** seguidos con el número 172 de 2021, **CONFIRMAMOS** la resolución recurrida.

No se realiza pronunciamiento condenatorio sobre las costas de la alzada.



Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por interés casacional siempre que concurran las causas y se cumplimenten las exigencias del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO