

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCIÓN DÉCIMA
VALENCIA**

NIG: 46017-41-1-2019-0004773

RECURSO DE APELACIÓN (LECN) [RPL] N° 000644/2024 -AS-

Dimana de: procedimiento Ordinario N° 000763/2019

Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 3 DE ALZIRA

SENTENCIA n°.438/2024

SECCIÓN DÉCIMA:

Ilustrísimas Señorías:

Presidenta:

D^a M^a PILAR MANZANA LAGUARDA

En Valencia, a tres de julio de dos mil
veinticuatro

Magistrados/as:

D. JOSÉ LUIS CONDE-PUMPIDO GARCÍA

D. EDUARDO PASTOR MARTÍNEZ

Vistos ante la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, en grado de apelación, los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO n° 000763/2019, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 3 DE ALZIRA, entre partes, de una como demandante-apelante, D^a. [REDACTED] representada por el Procurador D. MANUEL VIDAL SÁNCHEZ y defendido por el Letrado D. PEDRO JESÚS LÓPEZ CAÑADA y de otra como demandado-apelado, D. [REDACTED], declarado en situación de rebeldía procesal, siendo parte EL MINISTERIO FISCAL.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. EDUARDO PASTOR MARTÍNEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En dichos autos por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 3 DE ALZIRA, en fecha 10-05-22, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

"SE DESESTIMA la demanda interpuesta por la representación procesal de D^a.

[REDACTED] contra D. [REDACTED],

reserva de acciones civiles a ejercitar a través de la iniciación del correspondiente procedimiento de EXEQUATUR y, en su caso, posterior planteamiento de nueva demanda".

Segundo.- Contra dicha Sentencia por la representación procesal de la parte demandante 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 3 de julio de 2.024 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.- Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

1.- Mediante sentencia de 10 de mayo de 2022 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Alzira, se ha resuelto desestimar la demanda interpuesta por doña [REDACTED] para la privación de la patria potestad de don [REDACTED] y en relación con las dos hijas comunes y menores de edad [REDACTED] y [REDACTED]. La jueza de primera instancia ha señalado que en el caso existe una resolución judicial dictada el 26 de mayo de 2015 por un juzgado de familia argentino, mediante la que se atribuía de mutuo acuerdo la “tenencia” de las hijas menores y comunes a doña [REDACTED]. La juzgadora manifestó ignorar cuál era el contenido jurídico de la “tenencia”, como institución civil aglutinante o no de nuestra noción y contenido de la patria potestad. Ha considerado que no podía modificar o conceder el ejercicio exclusivo de la patria potestad, pues no le constaba expresamente reconocida por esa resolución y sin haberse procurado su eficacia en España. Advirtió que a la demandante le asistían acciones civiles a través del correspondiente proceso de exequatur para el reconocimiento de la resolución extranjera y posterior análisis de la misma materia que constituía el objeto del proceso.

2.- Doña [REDACTED] ha formulado recurso de apelación contra la anterior resolución, para solicitar su revocación mediante la estimación de su demanda originaria, expresando en este caso que solicitaba el ejercicio en exclusiva de la patria potestad sobre las hijas menores de la pareja. Doña [REDACTED] señala que la resolución es incompatible con el artículo 39 CE y

normas adicionales, que el proceso tenía por objeto la protección del superior interés de las menores y que su pretensión estaba alineada con lo que exigía ese interés. Insistió en que el demandado no tenía relación con sus hijas desde el año 2016 y se había desentendido completamente de ellas, interfiriendo esta situación en las gestiones necesarias para la escolarización o atención sanitaria de las menores.

3.- El Ministerio Fiscal se ha adherido al recurso de apelación formulado por doña [REDACTED] y solicita su estimación, a fin de que se atribuya a la recurrente el ejercicio en exclusiva de la patria potestad sobre las hijas menores. Señala que el previo pronunciamiento en el año 2015 por un juzgado argentino de una sentencia mediante la que se atribuyó a doña [REDACTED] la tenencia de las hijas menores no interfería en la finalidad del presente proceso, que únicamente tenía por objeto remediar la situación de abandono que sufrían las menores y para superar las dificultades en la realización de trámites administrativos.

Segundo.- Estimación del recurso de apelación.

4.- Debemos estimar el recurso de apelación formulado por doña [REDACTED] contra la sentencia de 10 de mayo de 2022 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Alzira, en el sentido de atribuirle en exclusiva el ejercicio de la patria potestad sobre las menores [REDACTED] y [REDACTED].

5.- En primer lugar, debemos hacer notar que se ha producido una variación de la pretensión originaria de la recurrente, que consistía en la privación de la patria potestad del demandado don [REDACTED] y en relación con el artículo 170 CC. En realidad, en la relación de este precepto con el artículo 156 CC, la modificación de esta pretensión inicial es admisible y no contraviene límite preclusivo alguno o los efectos de la litispendencia, pues supone una modulación de lo pedido que bien podría haber sido concedida de oficio por el propio juez de primera instancia.

6.- Precisamente la invocación del segundo de los preceptos pone de manifiesto que la pretensión de la actora no interfiere en modo alguno con la previa disponibilidad de una sentencia extranjera y en relación con su eventual reconocimiento en España. Tiene razón la jueza de primera instancia al advertir que el derecho extranjero debe ser objeto de prueba (art. 281.2 LEC). También debe hacerse notar que los conflictos familiares entre extranjeros plantean problemas para la determinación de la ley personal aplicable (arts. 9 CC y cc). Pero aquí no se ponen en cuestión ninguno de los extremos anteriores. Por un lado, parece evidente que el pronunciamiento de la Justicia argentina se limitó a la atribución de la custodia de las

hijas menores de la pareja a favor de doña [REDACTED], en atención al significado más intuitivo de la "tenencia" a la que se refiere dicho pronunciamiento judicial, que por cierto fue alcanzado de mutuo acuerdo entre las partes. Además, si la tenencia influyese en la patria potestad sobre las hijas, la atención de la petición de doña [REDACTED] se alinearía con lo ya resuelto, sin contravención. En particular, cabe recordar que la legislación tuitiva en materia de menores se aplica a estos con independencia de su ley personal (arts. 39 CE, art. 1 LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y art. 2 LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección integral a la infancia y a la adolescencia). Por otro lado, en definitiva, lo que se pone de manifiesto aquí es una situación de desprotección de las hijas menores de la pareja, al haberse trasladado su domicilio a España -legítima o ilegítimamente- junto a su tenedora y precisar de la anuencia del otro progenitor para la atención de trámites básicos, entre ellos la percepción de ayudas públicas (doc. 4 actora).

7.- En segundo lugar, las averiguaciones domiciliarias y policiales practicadas en las actuaciones (folios 28 y ss), adveran el discurso de la recurrente. Es decir, que las hijas en común perdieron el contacto con su padre desde el año 2016, quien parece haberse desentendido completamente de ellas, hasta el punto de ignorarse su paradero.

8.- En tercer lugar, siendo que el objeto del proceso ya es algo más modesto que el de la privación de la patria potestad, de lo que se trata únicamente en los términos del precepto anteriormente señalado es de constatar un obstáculo para el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre las hijas comunes. Eso es lo que sucede en los supuestos de imposibilidad o ausencia de uno de los progenitores. En estos términos debe resolverse la atribución de su ejercicio exclusivo a la actora, sin que ello determine la privación formal de su posible ejercicio por el demandado.

Tercero.- Costas procesales.

9.- La Sala, siguiendo el criterio mantenido por esta y otras Audiencias en atención a la naturaleza de las pretensiones deducidas en materia matrimonial y paternofilial, acuerda la no imposición de las costas y, en consecuencia, el que cada parte deberá asumir las causadas a su instancia corriendo por mitad las comunes. Todo ello en la interpretación que asumimos del artículo 398.1 y .2 LEC.

10.- Procede la devolución del depósito eventualmente constituido para recurrir, ex DA 15ª LOPJ.

En virtud de los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

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

Ha decidido:

Estimamos el recurso de apelación formulado por doña [REDACTED] contra la sentencia de 10 de mayo de 2022 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Alzira, que dejamos sin efecto, sin condena en costas y con devolución del depósito constituido para recurrir.

A su razón, con estimación parcial de la demanda originaria, atribuimos a doña [REDACTED] el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre las menores [REDACTED] y [REDACTED], sin condena en costas.

Contra la presente resolución cabe interponer en el **plazo de veinte días**, contados desde el siguiente a su notificación, 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, el cual habrá de interponerse en un solo escrito ante esta Sala, respetando las directrices previstas en el Acuerdo de 8 de septiembre de 2023 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre la extensión y otras condiciones extrínsecas de los escritos de recurso de casación (BOE de 21 de septiembre de 2023), 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.

