

**AUDIÈNCIA PROVINCIAL DE GIRONA  
SECCIÓ SEGONA**

Rotlle d'apel·lació civil núm. 360/2014

Prové: JUTJAT PRIMERA INSTÀNCIA 2 SANT FELIU DE GUÍXOLS  
Procediment núm. 345/2013  
Classe: Judici Verbal (règimen vista avis - 250.1.13)

**SENTÈNCIA 233/2014**

Il·lms. Srs:  
PRESIDENT  
JOSÉ ISIDRO REY HUIDOBRO  
MAGISTRATS  
JOAQUIM FERNANDEZ FONT  
M<sup>a</sup> ISABEL SOLER NAVARRO

Girona, vint-i-vuit de juliol de dos mil catorze

En aquesta segona instància ha comparegut com a part apel·lant  
[REDACTED] representada per la  
Procuradora MARIA DE LA FE ALBERDI VERA, i defensada pel Lletrat  
BENET SALELLAS VILAR, i com a part contra la qual s'apel·la [REDACTED]  
[REDACTED] representada pel Procurador PERE  
FERRER FERRER, i defensada pel Lletrat JAUME CODINA  
DOMENECH.

**ANTECEDENTS DE FET**

**PRIMER.** Aquest procés es va iniciar arran de la demanda presentada  
en nom de [REDACTED] contra [REDACTED]  
[REDACTED].

**SEGON.** La decisió de la Sentència que va posar fi a la primera instància diu així: "ESTIMO *parcialmente* la demanda interpuesta por D. Pere Ferrer Ferrer, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de Dña. [REDACTED], contra Dña. [REDACTED], y, en consecuencia, acuerdo las siguientes medidas:

1).- Se establece como régimen de visitas el siguiente: Dña. [REDACTED] podrá ver y tener en su compañía a su nieto [REDACTED] un día al mes, un máximo de dos horas, en las fechas, formas y condiciones que determine el propio Punt de Trobada de Girona, que lo pondrá en conodmimento de las partes. Cuando el Punt de Trobada lo estime oportuno, el régimen de visitas se podrá efectuar, sin necesidad de supervisión por profesionales, el primer sábado de cada mes, desde las 10:00 horas hasta las 20:00 horas, encargándose la Sra. [REDACTED] de entregar y recoger al menor en el domicilio de la Sra. [REDACTED]. En todo caso, dichas visitas habrán de realizarse de forma compatible con el régimen de visitas paterno-filial que en su caso llegue a determinarse.

Librese oficio a los servicios del Punt de Trobada de Girona, a los efectos oportunos".

**TERCER.** En aplicació de les normes de repartiment vigents en aquesta Audiència Provincial, aprovades per la Sala de Govern del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, ha correspost el coneixement d'aquest recurs a la Secció Segona.

**QUART.** En la seva tramitació s'han observat les normes processals aplicables a aquesta classe de recurs, les parts han efectuat les al·legacions que es poden veure en els respectius escrits presentats en aquesta segona instància, als quals es respon en els fonaments jurídics següents. Per a la deliberació i votació del recurs, s'assenyala el dia 28/7/14.

**CINQUÈ.** Conforme al que estableixen les normes de repartiment indicades, es va designar com a ponent d'aquest recurs l'Il·lm. Sr. Joaquim Fernandez Font, qui expressa en aquesta Sentència el criteri unànim de la Sala.

### FONAMENTS DE DRET

**PRIMER.** La sentència de primera instància ha estimat en part la demanda i ha atorgat a la demandant un règim de visites amb el seu nét consistent en un dia al mes durant dues hores en un Punt de Trobada, amb la possibilitat que en el moment en què els seus responsables ho



considerin adient es faci sense la seva intervenció el primer dissabte de cada mes des de les 10 fins les 20 hores.

La mare demandada no està d'acord amb aquesta decisió.

El seu recurs es fonamenta sobre la base de dos motius diferents.

Per un costat, considera que s'ha d'apreciar una manca del necessari litisconsorci passiu, atès que el pare del menor no ha estat demandat.

Per un altre, al·lega que la prova no ha estat valorada correctament ja que la relació entre l'àvia paterna i el nét no és convenient per aquest darrer. Subsidiàriament, s'hauria d'evitar qualsevol relació amb el pare del menor per la via del contacte amb l'àvia.

**SEGON.** A la vista del contingut del primer motiu del recurs, hem de recordar l'abast i el sentit d'aquesta institució processal.

Per exemple a les sentències de 18 de desembre i 18 de setembre de 2.013, 15 de juny de 2.011, 17 de novembre de 2.010, 11 de gener de 2.008, 17 de maig de 2.004, 24 de setembre de 2.003, 15 d' abril i 7 de març de 2.002 i 13 de desembre, 15 i 14 de març de 2.001, dèiem:

*"el llamado litisconsorcio pasivo ha sido desarrollado por la jurisprudencia en una doctrina muy consolidada ya que, con anterioridad a la LEC de 7 de enero de 2.000, carecía de regulación legal, siendo así que dicha norma ha venido a cubrir esa laguna en sus artículos 12.2 y 416.1.3º y 420. Este desarrollo jurisprudencial de la figura que nos ocupa, se ha efectuado, por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1998, 18 de septiembre de 1998, 24 de noviembre de 1998, 28 de diciembre de 1998, 4 de enero de 1999, 15 de febrero de 1999, y 28 de julio de 1999, por citar algunas de las más actuales. La primera de ellas expone tal doctrina, basándose en sentencias anteriores, y ha sido reproducida en posteriores y dice literalmente "la doctrina de esta Sala es muy reiterada y uniforme y la resume la sentencia de 25 de junio de 1997 recordando que es una figura de creación jurisprudencial, que ha sido definida por la doctrina de esta Sala, en las sentencias, entre otras muchas, de 11 de diciembre de 1990, 7 de enero de 1992, 30 de enero de 1993 y 6 de abril de 1996: la exigencia de traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa, con el fin de evitar, por un lado, que puedan resultar afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en el juicio y de impedir, por otro, la posibilidad de sentencias contradictorias. Y la de 12 de marzo de 1997 añade que se evita que a las personas que no han sido parte en el proceso les alcancen los efectos que puedan derivarse de la sentencia que se dicte en el mismo. Con ello, se preserva el principio de audiencia, se proscriben la indefensión y, en definitiva, se respeta el derecho a la tutela judicial efectiva, que proclama el artículo 24 de la Constitución. La sentencia de 12 de abril de 1996 y la citada de 12 de marzo de 1997, resumen la doctrina jurisprudencial, plasmada en sentencias de 3 de mayo de 1977, 16 de diciembre de 1986, 24 de abril de 1990 y 23 de octubre de 1990, en los siguientes términos: lo característico del litisconsorcio pasivo necesario, y lo que provoca la extensión de cosa juzgada, es que se trate de la misma relación jurídico material sobre la que se produce la declaración, pues si no es así, si los efectos hacia un tercero se producen con carácter reflejo, por una simple conexión, o porque la relación material sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter prejudicial, su*



*posible intervención en el litigio no es de carácter necesario.*

*Por lo demás, esta figura procesal es susceptible de ser apreciada de oficio aún cuando no la haya alegado la parte demandada, ya que afecta a una cuestión de orden público, como se desprende de una continua y reiterada jurisprudencia".*

Actualment l'article 12.2 de la LEC imposa que en els casos en què la tutela sol·licitada pel demandant només es pugui fer efectiva sobre diverses persones, totes elles hauran de ser demandades.

Per la seva banda, l'article 420 de la mateix llei processal preveu les conseqüències de l'apreciació d'una defectuosa constitució de la relació jurídica processal perquè no ha estat demandada alguna persona que, per la seva relació amb la relació material discutida, ho hauria de haver estat.

**TERCER.** És un fet innegable que l'àvia no ha demandat al seu propi fill, que també és titular de la potestat parental sobre el nét de la primera. Tampoc se l'ha sentit en cap moment durant la primera instància.

No consta per enlloc, de fet ningú ho al·lega, que el pare hagi estat privat de la potestat sobre el seu fill.

Amb aquesta premissa convé recordar que, d'acord amb el que disposen els articles 236.1 i 236.8 del CCat, la potestat és un dret i un deure conjunt d'ambdós progenitors.

És cert que per acord dels dos progenitors és possible que només un d'ells exerceixi la potestat parental (article 233-9), o bé que aquesta situació es doni per algunes de les causes que preveu l'article 236-10.

Ara bé, en el nostre cas no consta, més enllà de les manifestacions de la mare, que hi hagi hagut un acord entre tots dos de manera que la potestat només l'exerceixi el pare. També és evident que hi van haver contactes i visites normals entre pare i fill, tot i que sembla que ara ja no existeixin.

En aquest context, la pretensió de l'àvia afecta no només a la mare, sinó també al pare, de manera que tots dos haurien d'haver estat demandats, donant-los així la possibilitat de fer les al·legacions que consideressin convenientes respecte de la petició de l'àvia paterna ja que al cap i a la fi tots dos són titulars de la potestat parental.

El que acabem de dir implica que la decisió que s'adopti en aquest procés s'imposarà a tots dos, que es veuran directament afectats, sense que s'hagi donat al pare la possibilitat de dir allò que consideri convenient sobre la pretensió de l'àvia.

**QUART.** En casos molt semblants, sinó idèntics al que ara ens ocupa, la Secció Quarta de l'Audiència de Biscaia de 19 d'octubre de 2.007, va considerar que existiria una manca de litisconsorci passiu necessari, que en aquell cas no va apreciar perquè ja es va estimar durant la primera instància.



Igualment, la Secció Quarta de l'Audiència de La Corunya també el va apreciar en la sentència de 18 de maig de 2.006.

Per la seva banda, la interlocutòria de la Secció Segona de l'Audiència de Castelló de 13 d'abril de 2.005, tot i entendre que teòricament es donava un supòsit de manca de litisconsorci passiu necessari, finalment no el va estimar en el cas concret perquè tenia elements que considerava més que suficients per considerar que el pare no demandat no s'oposaria a la petició i perquè aquesta qüestió no s'havia plantejat durant la primera instància.

En el nostre cas no tenim cap element que ens permeti tenir, a diferència del cas que acabem de citar, una certesa absoluta sobre el criteri del pare no demandat sobre aquesta qüestió, per molt que sigui el fill de la demandant i que puguem fer hipòtesis sobre la seva conformitat amb el que aquella demana.

**CINQUÈ.** En definitiva, tot i que som conscients que aquesta decisió provoca un retard lamentable en la resolució del procés, no podem passar per alt que ens trobem davant d'una qüestió plantejada en la contestació a la demanda i que no ha estat resolta per la sentència de primera instància.

Tampoc podem obviar que el dret processal del pare a fer les alegacions que consideri convenientes sobre la pretensió de l'àvia ha de passar per sobre de l'economia processal, el que implica que se li ha d'oferir la possibilitat de personar-se en el procés a tall de demandat.

Tanmateix, això no ha d'implicar necessàriament una frustració total de tots els actes processals que s'han fet fins ara.

Així, si el pare no compareix o no contesta la demanda, no caldrà tornar a repetir-los. Si ho fa, el jutge de primera instància podrà ponderar mantenir la seva efectivitat en funció del que aquell demani i de les proves que eventualment proposi, mirant sempre de no generar-li cap indefensió.

Per això nosaltres ens limitarem a declarar la nul·litat de la sentència.

**SISÈ.** De conformitat amb l'article 398.2 de la LEC no imposem les costes de la segona instància.

## DECISIÓ

**PRIMER.** Estimem el recurs d'apel·lació presentat en nom de [REDACTED] contra la sentència de primera instància i la declarem nul·la per falta del necessari litisconsorci passiu necessari atès que el pare no ha estat demandat.



**SEGON.** La nul·litat declarada tindrà l'abast que hem especificat en el fonament jurídic cinquè d'aquesta sentència.

**TERCER.** No imposem les costes de la segona instància.

Contra aquesta resolució es pot presentar recurs de cassació, d'acord amb allò que estableix l'article 477.2.3º de la LEC si s'acredita el seu interès cassacional, i per infracció processal, de conformitat al que disposa la seva disposició final setzena.

Serà competent per a la seva resolució el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i s'haurà d'interposar davant d'aquesta Secció de l'Audiència en el termini de vint dies des de la seva notificació.

En el moment d'interposar-los s'haurà de fer el pagament de les taxes i dipòsit preceptius, si escau.

Notifiqueu aquesta Sentència a les parts i deixeu-ne un testimoniatge en aquest rotlle i en les actuacions originals, que es retornaran al Jutjat de Primera Instància i Instrucció del qual procedeixen.

Així ho decideix la Sala, integrada pels magistrats esmentats a l'encapçalament, que signen a continuació.

**PUBLICACIÓ.** Avui, s'ha publicat aquesta Sentència, d'acord amb el que s'estableix legalment. En dono fe com a secretària judicial d'aquesta Secció.