

**JURISDICCIÓN VOLUNTARIA JUZGADO COMPETENTE. 158 CC.****se inadmite a trámite la demanda** por considerar que debe conocer de la pretensión planteada, que afecta a la guarda y custodia de los hijos menores, el Juez de violencia sobre la mujer que ya conoce del pleito de familia entre ambas partes (divorcio y otros incidentes) y que ya se ha pronunciado provisionalmente sobre dicha guarda y custodia. **La norma es clara.** Cuando ya existe un procedimiento en el que un Juez se ha pronunciado sobre la guarda y custodia de los hijos, dicho Juzgado es el competente funcionalmente para conocer, en sede de dicho procedimiento, de las medidas instadas al amparo del art. 158 C.C. **Sentencia Audiencia provincial de Valladolid 23 de diciembre 2021. Número Sentencia: 182/2021. Número Recurso: 513/2021. Numroj: SAP VA 1413/2021. Ponente: [FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA](#) Juzgado procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13 de VALLADOLID. Procedimiento de origen: X00 JURISDICCION VOLUNTARIA (GENERICO) 0000475 /2021**

**Cabecera:** Principio del superior interes del menor. Guarda y custodia de hijo menor de edad. Violencia de genero

Por la representación procesal se formula recurso de apelación contra el auto de fecha 22/06/2021 aclarado por auto de 12/07/2021 dictado por el juzgado de primera instancia número 13 de valladolid, procedimiento de jurisdicción voluntaria 475/2021, por el que se inadmite a trámite la demanda por considerar que debe conocer de la pretensión planteada, que afecta a la **guarda y custodia de los hijos menores**, el juez de violencia sobre la mujer que ya conoce del pleito de familia entre ambas partes y que ya se ha pronunciado provisionalmente sobre dicha guarda y custodia.

Infringe la regla de protección del **interés superior de los menores**, consagrada entre otras normas en el artículo 2. 1 lopjm.

PROCESAL: Falta de competencia funcional. Competencia funcional. Capacidad de obrar

**Jurisdicción:** Civil

**Ponente:** [FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA](#)

**Origen:** Audiencia Provincial de Valladolid

**Fecha:** 23/12/2021

**Tipo resolución:** Auto

**Sección:** Primera

**Número Sentencia:** 182/2021

**Número Recurso:** 513/2021

**Numroj:** AAP VA 1413/2021

**Ecli:** ES:APVA:2021:1413A

**ENCABEZAMIENTO:**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

AUTO: 00182/2021

Modelo: N10300

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 Fax: 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MSV

N.I.G. 47186 42 1 2021 0011626

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000513 /2021

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: X00 JURISDICCION VOLUNTARIA (GENERICO) 0000475 /2021

Recurrente: Diego

Procurador: MIGUEL TORRES ALVAREZ

Abogado: JOSE MARIA ORTIZ DE RODA

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Montserrat

Procurador: ,

Abogado: ,

AUTO Nº 182/2021

Ilmos. Sres. MAGISTRADOS:

D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA

D. FRANCISCO SALINERO ROMÁN

D. JOSÉ-RAMÓN ALONSO-MAÑERO PARDAL

En Valladolid, a veintitrés de diciembre de dos mil veintiuno.

Visto en grado de apelación el presente procedimiento de Jurisdicción Voluntaria núm. 475/2021 del Juzgado

de 1ª Instancia núm. 13 de Valladolid, seguido entre partes, de una como DEMANDANTE-APELANTE D. Diego ,

representado por el Procurador D. MIGUEL TORRES ÁLVAREZ y defendido por el Letrado D. JOSÉ MARÍA ORTIZ

DE RODA y de otra como DEMANDADA Dña. Montserrat , no personada en las actuaciones, con la intervención

como APELADO del MINISTERIO FISCAL, sobre adopción de medidas urgentes de protección de los menores.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Se aceptan los hechos de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia de referencia, con fecha 22/06/2021, se dictó auto, y en fecha 12/07/2021, auto de aclaración, cuyas partes dispositivas respectivamente dicen así: PARTE DISPOSITIVA AUTO DE FECHA 22-6-21 : "SE ACUERDA: no admitir a trámite la solicitud sobre adopción de medidas de protección respecto de menores de edad Everardo , Reyes e Sacramento , formulada por el Procurador Sr. Torres Álvarez en nombre y representación de Diego , frente a Montserrat su escrito de fecha 7/6/2021." PARTE DISPOSITIVA AUTO ACLARACIÓN DE FECHA 12-7-21 : "SE ACUERDA: tener por presentado el anterior escrito del Procurador Sr. Torres Álvarez que se unirá al presente expediente; se deniega la corrección, aclaración, complemento y/o subsanación de esa resolución solicitada en dicho escrito del auto de fecha 22/6/2021 ."

TERCERO.- Notificado a las partes el referido auto, por el Procurador D. Miguel Torres Álvarez, en nombre y representación de D. Diego , se interpuso recurso de apelación dentro del término legal, alegando lo que estimó oportuno. Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito de oposición al recurso de apelación. Remitidos los autos del juicio a este Tribunal y personadas las partes, se señaló para la deliberación y votación el día 07/12/2021, en que tuvo lugar lo acordado.

VISTOS, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

## PRIMERO.-OBJETO DEL RECURSO.

Por la representación procesal de Diego se formula recurso de apelación contra el auto de fecha 22-6-2021, aclarado por auto de 12-7-2021, dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Valladolid, PROCEDIMIENTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA 475/2021, por **el que se inadmite a trámite la demanda** por considerar que debe conocer de la pretensión planteada, que afecta a la guarda y custodia de los hijos menores, el Juez de violencia sobre la mujer que ya conoce del pleito de familia entre ambas partes (divorcio y otros incidentes) y que ya se ha pronunciado provisionalmente sobre dicha guarda y custodia.

En síntesis, la parte apelante apela el auto por entender que: 1. Concorre una grave situación de peligro para los menores que no ha sido apreciada por la Juez de instancia que, edulcorando la situación real que se describe en la solicitud y sin practicar prueba alguna, ha inadmitido a trámite la solicitud de medidas del art. 158 C.C.

2. En contra de lo que manifiesta el auto recurrido, las pretensiones que recoge la solicitud inadmitida no vacían de contenido el auto de 10-3-2020 del Juzgado de violencia sobre la mujer (en realidad dictado por el Juzgado de primera instancia 3 de familia), pues tienen por objeto medidas diferentes a las acordadas en dicho auto.

3. Fue el propio Juzgado de violencia sobre la mujer el que encaminó al recurrente a presentar una solicitud de medidas al amparo del art. 158 C.C. por medio de providencia de 21-4-2021.

4. Infringe el principio de justicia rogada del art. 216 C.C.

5. Infringe la regla de protección del interés superior de los menores, consagrada entre otras normas en el art. 2.1 LOPJM.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso de apelación formulado de contrario e interesa la confirmación del auto por entender, en síntesis, que no puede apreciarse en los hechos narrados ninguna situación de necesidad, urgencia, desamparo riesgo o peligro para los menores, apreciándose, por el contrario, una situación de crisis de pareja y la solicitud de una medida propia de un proceso de familia.

Debemos adelantar ya que el auto recurrido va a ser confirmado por sus acertados fundamentos sobre los que seguidamente vamos a abundar, no sin antes hacer una breve **consideración sobre los inaceptables términos que el Letrado del recurrente utiliza** en algunos pasajes de su escrito de recurso amparándose en una fácil invocación del principio de defensa, en el que se deslizan frases insidiosas sobre la Juez de instancia

relativas a su supuesta posición preconcebida a la hora de resolver la petición de la parte, al establecimiento de un "bucle pernicioso" en perjuicio del recurrente, o al diferente trato de que está siendo objeto el recurrente en relación con su esposa, todo ello sin más fundamento que los propios e interesados juicios de valor del Letrado recurrente. Tales expresiones suponen, en el mejor de los casos, una falta de respeto hacia el Tribunal de instancia y, desde luego, un apartamiento de las ordinarias normas de cortesía del foro.

## SEGUNDO.-SOBRE LA COMPETENCIA FUNCIONAL PARA CONOCER DE LAS MEDIDAS DEL ART. 158 C.C. Y EL PROCEDIMIENTO ADECUADO PARA ELLO.

Tiene razón la parte recurrente cuando denuncia la incorrección de apreciar la concurrencia o no de peligro para los menores a limine litis y sin la práctica de prueba alguna.

Cierto es que la alegación en un escrito de solicitud de medidas del art. 158 C.C. de una situación que resulte ajena a toda idea de peligro para los menores puede determinar la inadmisión a trámite de la solicitud por falta palmaria de objeto. Pero la alegación de situaciones de riesgo cierto como la invocada en el escrito de solicitud han de ser convenientemente valoradas y sometidas a las correspondientes pruebas en aras de la defensa del interés superior del menor y de deshacer toda duda sobre el particular.

Ahora bien, la aludida incorrección solo se desliza en un punto del razonamiento del auto (la última frase de su Fundamento de Derecho Segundo) que se dedica a explicar teóricamente los requisitos o presupuestos de aplicación del art 158 C.C., lo que viene a constituir, por lo tanto, un obiter dicta y no la ratio decidendi de la resolución. Porque de una lectura íntegra de todo el auto recurrido (y las resoluciones deben considerarse como un todo) se desprende que la ratio decidendi del auto no es la falta de los presupuestos de aplicación del art. 158 C.C., sino la falta de competencia (funcional) de la Juez a quo en favor del Juez de violencias sobre la mujer y, por la misma razón, la inadecuación de admitir a trámite un procedimiento de jurisdicción voluntaria cuando está abierto un procedimiento de divorcio entre las misma partes en el que ya se han adoptado medidas sobre guarda y custodia de los hijos menores.

Dispone el art. 87.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria que para la adopción de las medidas de protección de los menores y de las personas con capacidad modificada judicialmente establecidas en el artículo 158 del Código Civil: << 2.Será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente. No obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores o la atribución de la guarda y custodia de los hijos hubiera sido establecido por resolución judicial, así como cuando estuvieran sujetos a tutela será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que hubiera conocido del inicial.>> **La norma es clara**. Cuando ya existe un procedimiento en el que un Juez se ha pronunciado sobre la guarda y custodia de los hijos, dicho Juzgado es el competente funcionalmente para conocer, en sede de dicho procedimiento, de las medidas instadas al amparo del art. 158 C.C.

Conforme a dicha norma, el Juzgado competente en el caso de litis es el de violencia sobre la mujer, que es el que actualmente conoce del procedimiento de divorcio, en el que se han dictado medidas provisionales sobre la guarda y custodia de los menores. **Y ello con independencia de que dicho auto fuera dictado por otro juzgado de familia antes de inhibirse**, por concurrir presuntamente violencia de género, en favor del Juzgado de violencia sobre la mujer que se hizo cargo desde ese momento del procedimiento de divorcio; y con independencia también de la providencia que dictó el Juzgado de violencia sobre la mujer en fecha 21-4-2021 que, aparte de que podría haber sido recurrida por la parte, no pone en cuestión su propia competencia, sino sobre el carácter extemporáneo se la solicitud.

En contra de lo que sostiene el recurrente, es obvio que las medidas interesadas (privación a la madre del ejercicio de la patria potestad, atribución de la guarda y custodia exclusiva) inciden directamente sobre las ya acordadas en el procedimiento de divorcio. La norma competencial analizada pretende, precisamente y como muy bien apunta la Juez de instancia, evitar pronunciamientos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes sobre las mismas materias.

Corolario de la aplicación del art. 87.2 LJV es la remisión de las actuaciones al Juez competente conforme a lo previsto en el art. 6.2 LJV, tal y como ha hecho el Juzgado de instancia.

**TERCERO.- SOBRE LA SUPUESTA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA ROGADA DEL ART. 216 LEC .**

**Y DE LA REGLA DE PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES, CONSAGRADA ENTRE OTRAS NORMAS EN EL ART. 2.1 LOPJM.**

Este motivo de apelación debe ser igualmente desestimado. La apreciación de la falta de competencia funcional es un imperativo legal para el Juez y, por concepto, no puede infringir el principio de justicia rogada del art. 216 LEC, ni la regla de protección del interés superior de los menores.

**CUARTO.-COSTAS.**

De conformidad con los arts. 398 LEC., procede condenar en costas al apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. El Rey y por la potestad jurisdiccional que la Constitución Española nos concede.

**FALLO:**

**LA SALA ACUERDA:** Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Diego contra el auto de fecha 22-6-2021, aclarado por auto de 12-7-2021, dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Valladolid, **PROCEDIMIENTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA 475/2021**, debemos

confirmar y confirmamos el expresado auto en todos sus pronunciamientos, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

La confirmación de la resolución de instancia supone la pérdida del depósito para apelar consignada por la parte recurrente, al que se dará el destino legal. ( D. A. 15ª de la L.O.P.J. según redacción de la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados arriba indicados. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.