

EDJ 2008/135542

AP Barcelona, sec. 12ª, A 5-6-2008, nº 165/2008, rec. 352/2008

Pte: Alonso Martínez, Mª del Mar

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	1
FALLO	2

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita art.442, art.458, art.753, art.770 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el guarda y custodia promovido ante el JUZGADO VIOLENCIA SOBRE LA MUJER 4 BARCELONA a instancia de Guadalupe contra Luis Andrés ambos incomparecidos en esta alzada siendo parte el MINISTERIO FISCAL con fecha 18 de febrero de 2008 se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: ""Que debo acordar y acuerdo tener a Luis Andrés por desistida de la demanda de guarda y custodia contra Luis Andrés, decayendo las medidas provisionales adoptadas mediante auto de fecha 26 de noviembre de 2007 , y acordando la terminación del rpresente procedimiento, sin condena en costas. Una vez firme la presente resolución, procédase al archivo de los autos. MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de Barcelona (aartículo 455 LECn). El recurso se preparará por medio de escrito presentado en eeste Juzgado en el plazo de CINCO DÍAS, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LECn). Lo...""

Segundo.- Contra dicho auto se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte ACTORA. Admitido dicho recurso y dado el trámite establecido en el art. 458 y ss. de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , se elevaron los autos a esta Audiencia.

Tercero.- Turnado a esta Sección, se señaló día para la deliberación y fallo, la que tuvo lugar el veintiocho de mauo de dos mil ocho. Visto, siendo Ponente la Ilma. Sra. Dª MARÍA DEL MAR ALONSO MARTINEZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Auto de fecha 18 de febrero de 2008 , objeto del recurso de apelación, acuerda tener por desistida a la actora, de la demanda de Guarda y Custodia, y Alimentos, relativos a menor de edad, decayendo las Medidas Provisionales adoptadas mediante Auto de 26 de noviembre de 2007 , acordándose la terminación del procedimiento, sin condena en costas a las partes. El argumento que sustenta dicha resolución, no es otro que el que la actora, no compareció a la vista principal, a la que había sido debidamente citada, no habiendo comparecido tampoco el demandado, declarado en situación procesal de rebeldía, para sostener su interés legítimo en la continuación del proceso .

Por la representación de la Sra. Guadalupe se presentó recurso de apelación, contra aquella resolución, interesando su revocación y el acuerdo de nuevo señalamiento de la vista principal, para su celebración, manteniéndose las medidas provisionales, dispuestas en su día.

El Ministerio Fiscal emitió informe, unido a las actuaciones, en el que impugnó el Auto del Juzgado de instancia, considerando improcedente tener por desistida de la demanda a la actora .

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 770.6 de la L.E.C. EDL 2000/77463 ,para la adopción de las medidas previas, simultáneas o definitivas, en los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores o alimentos reclamados en nombre de éstos, se seguirán los mismos trámites procedimentales que los previstos por la Ley,para la adopción de tales medidas, en los procesos de nulidad, separación o divorcio .

Hallándonos, en el supuesto de autos, ante demanda sobre guarda y custodia y alimentos de hijo menor de edad, de conformidad con lo previsto por el referido precepto normativo, el trámite procedimental para la consecución de las medidas definitivas instadas, no es otro que el previsto en el art. 770 de la L.E.C. EDL 2000/77463 .

TERCERO.- Dicho precepto, remite a los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de ése título, si bien con sujeción a las reglas que enuncia.

Ello nos sitúa, inicialmente, en el art. 753 de L.E.C EDL 2000/77463 ., el cual expresa, que" Salvo que expresamente se diga otra cosa, los procesos a los que se refiere este Título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido

o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la presente Ley . "

Por su parte el art. 770.3 de la L.E.C EDL 2000/77463 . prevé que a la vista deban comparecer las partes, por sí mismas, con apercibimiento de que su incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus pretensiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial. Además se alude a la presencia obligatoria de los abogados respectivos.

De lo expuesto resulta que si bien, la tramitación procedimental, del supuesto de autos, será la del juicio verbal, lo que nos sitúa en lo dispuesto en el art. 442 de la L.E.C EDL 2000/77463 ., conforme al que si el actor no compareciere a la vista, y el demandado no alegare interés legítimo en la continuación del proceso, para que se dicte sentencia sobre el fondo de la cuestión suscitada, se le tendrá por desistido de la demanda, imponiéndole las costas, condenándole además a indemnizar al demandado, comparecido, si éste los solicitare, y acreditare los daños y perjuicios sufridos, no puede obviarse que según resulta del propio art. 753 de la L.E.C. EDL 2000/77463 y 770 del mismo cuerpo normativo, el presente procedimiento adolece de reglas propias, entre las que se encuentra la ya enunciada y expresada en el art. 770.3 de la L.E.C EDL 2000/77463 ., conforme a la cual la incomparecencia de cualquiera de las partes, no ésta sancionada con el desistimiento, sino con la posibilidad de tener por admitidos los hechos alegados que fundamenten medidas de carácter patrimonial .

Ello conlleva a estimar el recurso de apelación sustanciado, pues la incomparecencia de la actora, a la vista, a la que sí asistieron su Abogado y Procurador, no debe conducir a que sea tenida por desistida, debiéndose haber continuado la vista, sin su presencia, de conformidad con lo dispuesto en las reglas propias del art. 770 de la L.E.C EDL 2000/77463 . .

En consonancia con lo expuesto, las Medidas Provisionales acordadas en Auto de 26 de noviembre de 2007 , no deben tampoco decaer, manteniéndose vigentes, hasta el dictado de la sentencia definitiva.

FALLO

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Fargas Berdier en representación de la Sra. Guadalupe contra el auto de fecha 18 de febrero de 2008 pronunciado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer 4 de Barcelona , en los autos de que el presente rollo dimana, revocando dicha resolución y acordando la continuación del procedimiento, efectuándose el correspondiente señalamiento de la vista, manteniéndose las Medidas Provisionales acordadas en Auto de 26 de noviembre de 2007 . Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de que proceden con certificación del presente y atento oficio. .

Así por este su auto, del que se unirá testimonio al rollo, lo mandan y firman los Sres. del margen.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 08019370122008200208