

EDJ 2006/389655

AP Madrid, sec. 22ª, A 24-11-2006, nº 260/2006, rec. 812/2006

Pte: Hijas Fernández, Eduardo

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	1
FALLO	2

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita art.218, art.398, art.458, art.748.4, art.748.769 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.39 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 29 de mayo de 2006 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 80 de Madrid se ha dictado auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Se INADMITE la demanda de jurisdicción voluntaria interpuesta por el Procurador D. ALFONSO DE MURGA FLORIDO en nombre y representación de Dª Carla .

Notifíquese a las partes personadas.

Así por este Auto, lo dispongo, mando y firmo" .

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, previa la oportuna preparación, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de Dª Carla , exponiendo en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentando el Ministerio Fiscal escrito de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 20 de los corrientes.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte apelante suplica del Tribunal que, revocando el auto dictado por el Órgano a quo, declare la procedencia de la admisión a trámite de la demanda de jurisdicción voluntaria que aquélla ha presentado.

En apoyo de tal petitum revocatorio la dirección Letrada de la recurrente alega, en el trámite del artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , que las peticiones formuladas en el presente procedimiento no son exactamente iguales que las contenidas en la demanda contenciosa que, presentada igualmente por la referida litigante, ha dado lugar, en el mismo Juzgado, al procedimiento núm. 506/2006 , pues en éste se postula la atribución a aquélla de la custodia del hijo común y una pensión alimenticia a cargo del padre.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso formulado, interesando la íntegra confirmación de la resolución impugnada.

SEGUNDO.- Ciertamente es, como afirma la parte recurrente, que las acciones ejercitadas en los dos procedimientos entablados por la misma podrían, en principio, tener matices jurídico-positivos distintos, dado que las que articula en el procedimiento de que hoy conocemos tienen su asiento legal en los artículos 156 y 158 del Código Civil EDL 1889/1 , en tanto que las formuladas en el procedimiento igualmente entablado por la misma sobre custodia y alimentos encuentran su respaldo en los artículos 103 y 159 del mismo texto legal. Del mismo modo, y en su aspecto procedimental, las primeras han de dilucidarse en vía de jurisdicción voluntaria, en tanto que las segundas encuentran su iter procesal, de carácter contencioso, en las previsiones de los artículos 748-4º y 769 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

Pero es lo cierto que este último cauce procesal, aunque en principio constreñido a la atribución de la custodia del hijo común y aportación alimenticia a favor del mismo, ha de extender lógicamente su ámbito de debate y decisión a otras medidas derivadas necesariamente de las antedichas, cuales, en lo que al caso concierne, la relativas al ejercicio de la patria potestad, en los términos prevenidos en el último párrafo del artículo 156 del Código Civil EDL 1889/1 , y al régimen de comunicaciones paterno-filiales, o a la exclusión de dichas relaciones, de concurrir graves circunstancias que así lo aconsejen, de conformidad con los artículos 94 y 158 del Código Civil EDL 1889/1 .

Parece necesario recordar igualmente que, en lo referente a la regulación de las medidas afectantes a un menor, los tribunales no se encuentran vinculados estrictamente por el principio de rogación, en los términos prevenidos por los artículos 216 y 218 L.E.C

EDL 2000/77463 ., pues en sus resoluciones podrán realizar los pronunciamientos que estimen más acordes al interés del sujeto infantil, aunque los mismos se aparten de lo postulado por los litigantes. Así, el Tribunal Supremo declara que el tema formal de la congruencia no se concilia plenamente con los superiores intereses que juegan en materia de separación conyugal, máxime habiendo hijos menores, y como tales necesitados de protección (Sentencia de 2 de mayo de 1983); doctrina esta perfectamente aplicable supuestos como el que hoy analizamos, en virtud del principio de plena equiparación de los hijos ante la ley que proclama el artículo 39 de la Constitución EDL 1978/3879 .

Y en dicho sentido, aunque se haga referencia a precepto relativos a la acumulación de acciones y de procesos, ha de entenderse la argumentación contenida en la resolución impugnada, al considerar que, en el ámbito de procedimiento contencioso también entablado por la hoy recurrente tras presentar la demanda rectora de las presentes actuaciones, resultaba viable la adopción de las medidas interesadas en esta última, evitándose así una innecesaria duplicidad de procedimientos tendentes al mismo fin, por obvias razones de economía procesal.

Ello queda corroborado por el auto que, en fecha 20 de septiembre de 2006 , ha establecido las medidas provisionales que han de regir respecto del común descendiente en tanto se sustancia el procedimiento principal, y que deja vacío de contenido el presente recurso.

En efecto, en dicha resolución se atribuye a la recurrente la custodia del hijo común, sin establecer visitas en pro del otro progenitor, "ante la corta edad del menor, la falta absoluta de contacto con el padre y su residencia en el extranjero", sin perjuicio de lo que pueda acordarse en la sentencia que ponga fin a la litis principal, si se personara el referido progenitor y de conformidad con el resultado las pruebas que en dicho cauce procesal hayan de practicarse.

Con tal resolución, en su necesaria conexión con las previsiones del artículo 156, párrafos cuarto y quinto, del Código Civil EDL 1889/1 , se da cumplida respuesta, sin necesidad de activar el presente procedimiento, a la primera de las pretensiones deducidas en su escrito rector. De igual modo, y excluyéndose un régimen visitas a favor del padre, obvio es que el mismo no podrá trasladar al menor fuera del territorio nacional, tal como se pedía en el apartado núm. 2 del suplico de la referida demanda. Las demás pretensiones deducidas en la misma tienen un indiscutible encaje en la fase de medidas provisionales del procedimiento posteriormente entablado, de conformidad con lo prevenido en el artículo 103-1ª del repetido Código . Y dado que las mismas constituyen un mero complemento o garantía del sistema de custodia y exclusión del régimen de visitas respecto del progenitor no custodio, obvio es que podrán ser acordadas en ejecución del auto de fecha 20 de septiembre de 2006 , bastando al efecto la solicitud de la parte actora en dicho cauce procesal.

TERCERO.- No obstante la desestimación del recurso, en consideración a la naturaleza de la cuestión suscitada y especiales circunstancias concurrentes en el caso, no ha de hacerse especial condena en las costas procesales devengadas en la alzada, conforme facultan los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación formulado por Dª Carla contra el auto dictado, en fecha 29 de mayo de 2006, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 80 de los de Madrid , en procedimiento de jurisdicción voluntaria seguido bajo el núm. 490/2006, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

No se hace especial condena en las costas procesales devengadas en la presente alzada.

Al notificar la presente resolución a las partes, hágaseles saber que contra la misma no cabe recurso de clase alguna.

Así, por este nuestro Auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370222006200255