

Resumen

Procedimiento de jurisdicción voluntaria para acordar el cambio de custodia compartida a exclusiva.

En primer lugar hubo un procedimiento de divorcio, posteriormente un procedimiento de modificación de medidas que acordó la custodia compartida.

Ahora el padre insta procedimiento de jurisdicción voluntaria, para que se acuerde la guarda y custodia de su hija de manera provisional, ya que la niña de 14 años ha encontrado un manuscrito de la madre por si se suicidaba titulado por si me pasa algo.

El juzgado de primera instancia 3, otorga la custodia provisional de la hija al padre y una pensión de alimentos.

La madre recurre y dice:

- no conoció previamente ni, por ello, pudo rebatir o discutir el informe del EAF solicitado de oficio por el LAJ, y cuya existencia y contenido conoció la parte con la notificación del auto apelado

el padre dice

- Que, aunque fuese por escrito, tuvo la oportunidad de proponer la prueba que a su derecho convino.

El ministerio fiscal dice

- no constituye causa de nulidad la sustitución del trámite de comparecencia por la de alegaciones por escrito dada la situación de pandemia,
- **pero sí lo constituiría** la falta de traslado del informe del EAF a la demandada por constituir la base esencial de la decisión judicial.

La **Audiencia provincial DESESTIMA** el recurso de la madre y lo basa en:

En el Decreto de admisión de la solicitud de medidas de protección formulada por la parte actora el LAJ, conforme a lo solicitado por la parte demandante, acordó la remisión de oficio al EAF para la aportación a los autos de informe. Al mismo tiempo, se acordó dar traslado de la solicitud a la parte demandada para alegaciones por plazo de tres días.

Es verdad que cuando llega el informe del EAF a los autos **solo se dio traslado del mismo al Ministerio Fiscal.**

Tal **circunstancia constituye, sin duda, una clara irregularidad** procesal porque las partes tienen derecho a conocer cuanto acontece en los autos y en el momento en que acontece y, en particular, tienen derecho a conocer el contenido de las pruebas practicadas. **Pero tal irregularidad procesal no puede motivar, a juicio de este Tribunal de apelación, la nulidad de las actuaciones porque:**

- Nos encontramos ante un procedimiento **de naturaleza cautelar** y urgente.
- **contenido y hechos** que relata dicho informe aparece sustancialmente **recogido en el escrito de solicitud del actor** y la parte demandada ha

tenido ocasión de alegar y probar lo oportuno sobre el particular, lo que impide hablar de efectiva indefensión

- basta para la adopción de las medidas de protección de litis con la existencia de un *fumus boni iuris* que, aún prescindiendo del informe del EAF, en el presente caso viene ya dado por el documento autografiado que acompaña a la demanda cautelar y cuya autoría se atribuye a la madre de la menor.

Por más que dicha autoría haya sido negada por la madre, a los efectos puramente cautelares que nos ocupan, el documento sigue siendo válido para constituir apariencia de buen derecho en la petición del progenitor porque, puesto dicho documento en relación con el relato de hechos de la demanda cautelar, es posible apreciar, *prima facie*, una situación de riesgo para la menor que las medidas adoptadas

Cabecera: Pension alimenticia. Regimen de visitas comunicacion y estancia. Guarda y custodia de hijo menor de edad

Por mas que dicha autoría haya sido negada por la madre, a los efectos puramente cautelares que nos ocupan, el documento sigue siendo válido para constituir apariencia de buen derecho en la petición del progenitor porque, puesto dicho documento en relacion con el relato de hechos de la demanda cautelar, es posible apreciar, *prima facie*, una situacion de riesgo para la menor que las medidas adoptadas (suspensión provisional de la custodia compartida y atribucion en exclusiva de la guarda y custodia al padre, con su consecuencias derivadas en cuanto al **regimen de visitas** y a la **pension de alimentos**) vienen a paliar.

PROCESAL: Modificacion de medida cautelar. Nulidad de actuaciones. Indefension

Jurisdicción: Civil

Ponente: [FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA](#)

Origen: Audiencia Provincial de Valladolid

Fecha: 11/12/2020

Tipo resolución: Auto

Sección: Primera

Número Sentencia: 139/2020

Número Recurso: 348/2020

Numroj: AAP VA 1133/2020

Ecli: ES:APVA:2020:1133A

ENCABEZAMIENTO:

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

AUTO: 00139/2020

Modelo: N10300

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 Fax: 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGR

N.I.G. 47186 42 1 2016 0014728

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000348 /2020

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: X00 JURISDICCION VOLUNTARIA (GENERICO) 0000277 /2020

Recurrente: Lorena

Procurador: FELIPE JAVIER ALONSO ZAMORANO

Abogado: PEDRO GARCIA FERNANDEZ

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Rodrigo

Procurador: , GONZALO FRESNO QUEVEDO

Abogado: , JESUS ASENJO GARCIA

A U T O Nº 139/2020

Magistrados Iltmos. Sres.:

D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA

D. FRANCISCO SALINERO ROMÁN

D. JOSÉ RAMÓN ALONSO-MAÑERO PARDAL.

En VALLADOLID, a once de diciembre de dos mil veinte.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de

JURISDICCION VOLUNTARIA (GENERICO) 0000277 /2020, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 de

VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000348 /2020, en los que

aparece como parte DEMANDANTE-APELADO: Rodrigo , representado por el Procurador de los tribunales Sr.

GONZALO FRESNO QUEVEDO, asistido por el Abogado D. JESUS ASENJO GARCIA, y como parte DEMANDADA-

APELANTE: Lorena , representado por el Procurador de los tribunales, Sr. FELIPE JAVIER ALONSO ZAMORANO,

asistido por el Abogado D. PEDRO GARCIA FERNANDEZ, con intervención como APELADO el Ministerio Fiscal;

sobre apelación auto de fecha 17/04/2020.

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 17/04/2020, se dictó auto cuya parte dispositiva dice así: "Se acuerda suspender de forma provisional la guarda y custodia que se estableció por Sentencia de Modificación de Medidas de fecha 25 de mayo de 2018, acordando de forma provisional las siguientes medidas:

1.-Se atribuye la guarda y custodia de la menor, Ramona , en exclusiva a Don Rodrigo .

2.-El régimen de visitas y vacaciones se dejan a la voluntad de la menor.

3.-En cuanto a la pensión de alimentos se deja sin efecto la estipulada en la sentencia de Modificación de Medidas de fecha 25 de mayo de 2018, acordando quede establecida de la siguiente forma: Doña Lorena deberá abonar en concepto de pensión alimenticia para la hija la cantidad de cien euros mensuales(100), cantidad que abonará dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe el padre a tal efecto.

Los gastos extraordinarios de la menor se mantienen los estipulados en la sentencia de modificación de medidas nº 186/2018, dictada por este Juzgado.

Las medidas acordadas en esta resolución tienen un carácter provisional."

TERCERO Notificado a las partes el referido auto, por el Procurador Sr. Alonso Zamorano en representación de D^a Lorena se interpuso recurso de apelación dentro del término legal, alegando lo que estimó oportuno. Por la parte contraria y por el Ministerio Fiscal se interpuso 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 1 de diciembre de 2020, en que tuvo lugar lo acordado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-OBJETO DEL RECURSO.

Por la representación procesal de Lorena se formula recurso de apelación contra el auto de fecha 17-4-2020 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Valladolid (familia), por el que se estima la petición de medidas urgentes al amparo del art. 158 C.C. y se acuerda que la guarda y custodia, hasta entonces compartida, pase a guarda y custodia exclusiva en favor del padre.

En síntesis, la parte apelante apela el auto e interesa la nulidad de actuaciones por habersele causado indefensión porque: 1. Se substituyó la comparecencia prevenida en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (en lo sucesivo LJV) por alegaciones escritas, lo que privó a la parte de la posibilidad de proponer y practicar pruebas.

2. **La parte apelante** no conoció previamente ni, por ello, pudo rebatir o discutir el informe del EAF solicitado de oficio por el LAJ, y cuya existencia y contenido conoció la parte con la notificación del auto apelado.

La parte apelada se opone al recurso de apelación formulado de contrario e interesa la confirmación del auto por sus propios fundamentos por entender que la parte, aunque fuese por escrito, tuvo la oportunidad de proponer la prueba que a su derecho convino.

El Ministerio Fiscal indica en su informe que

- **no constituye causa de nulidad** la sustitución del trámite de comparecencia por la de alegaciones por escrito dada la situación de pandemia,
- **pero sí lo constituiría** la falta de traslado del informe del EAF a la demandada por constituir la base esencial de la decisión judicial.

SEGUNDO.- SOBRE LA SUSTITUCIÓN DE LA COMPARECENCIA POR LAS ALEGACIONES ESCRITAS.

Ciertamente la Instrucción del CGPJ de 11-3-2020, que acordaba la suspensión de las actuaciones procesales en el denominado "escenario 2" de la pandemia por COVID en el que **se encontraba la ciudad de Valladolid recogió, entre otras excepciones,** " La adopción de medidas cautelares u otras actuaciones inaplazables, como las medidas de protección de menores del artículo 158 CC .".

Más ello no quiere decir que, pese a su necesaria tramitación, no resultara preciso adoptar las medidas de cautela apropiadas para evitar posibles contagios. Por tal motivo la misma Instrucción preveía que, siempre que sea posible se encomienda la utilización de sistemas telemáticos o de análoga naturaleza para la práctica de actuaciones procesales. Se trataba de evitar, en la medida de lo posible, la confluencia de personas en vistas y comparecencias a fin de prevenir posibles contagios.

En este contexto, **la decisión de la Juez a quo de sustituir la comparecencia prevenida en la LCV por un trámite de alegaciones por escrito resulta plenamente justificada.**

Por otro lado, **tal decisión ninguna indefensión ha producido** a la parte que, por escrito, ha podido no solo alegar lo oportuno frente a la pretensión de la contraparte, sino también interesar la práctica de la prueba que a su derecho le ha convenido (de hecho, aportó hasta ocho documentos, siempre teniendo en cuenta que nos encontramos ante un procedimiento de naturaleza cautelar caracterizado por la necesidad de adoptar decisiones de forma urgente.

TERCERO.- SOBRE EL PRINCIPIO GENERAL DE CONSERVACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES Y LA FALTA DE TRASLADO DEL INFORME DEL EAF A LA DEMANDADA.

En el Decreto de admisión de la solicitud de medidas de protección formulada por la parte actora el LAJ, conforme a lo solicitado por la parte demandante, acordó la remisión de oficio al EAF para la aportación a los autos de informe. Al mismo tiempo, se acordó dar traslado de la solicitud a la parte demandada para alegaciones por plazo de tres días.

Es verdad que cuando llega el informe del EAF a los autos **solo se dio traslado del mismo al Ministerio Fiscal.**

Tal **circunstancia constituye, sin duda, una clara irregularidad** procesal porque las partes tienen derecho a conocer cuanto acontece en los autos y en el momento en que acontece y, en particular, tienen derecho a conocer el contenido de las pruebas practicadas. **Pero tal irregularidad procesal no puede motivar, a juicio de este Tribunal de apelación, la nulidad de las actuaciones porque:**

1. Nos encontramos ante un procedimiento **de naturaleza cautelar** y urgente en el que las posibilidades alegatorias y probatorias se reducen con la finalidad de obtener una pronta resolución. Buena prueba de ello son los plazos brevísimos y perentorios que se fijan en el Decreto del LAJ. De este modo, el Juez ha decidido a la vista de las pruebas aportadas directamente por las partes con sus escritos alegatorios y a la vista de una prueba, el informe del EAF, que ha accedido a los autos a posteriori.
2. No obstante, el **contenido y hechos** que relata dicho informe aparece sustancialmente **recogido en el escrito de solicitud del actor** y la parte demandada ha tenido ocasión de alegar y probar lo oportuno sobre el particular, lo que impide hablar de efectiva indefensión.

3. En cualquier caso, basta para la adopción de las medidas de protección de litis con la existencia de un *fumus boni iuris* que, aún prescindiendo del informe del EAF, en el presente caso viene ya dado por el documento autografiado que acompaña a la demanda cautelar y cuya autoría se atribuye a la madre de la menor. El contenido de dicho documento y el encargo que contiene por " si me pasa algo...", resulta coherente con el relato de hechos de la demanda de medidas y, aún en el **caso de que no suponga un aviso encubierto de suicidio**, implica una presión y una carga psicológica que una niña de 14 años no debería soportar.

Por más que dicha autoría haya sido negada por la madre, a los efectos puramente cautelares que nos ocupan, el documento sigue siendo válido para constituir apariencia de buen derecho en la petición del progenitor porque, puesto dicho documento en relación con el relato de hechos de la demanda cautelar, es posible apreciar, prima facie, una situación de riesgo para la menor que las medidas adoptadas (suspensión provisional de la custodia compartida y atribución en exclusiva de la guarda y custodia al padre, con sus consecuencias derivadas en cuanto al régimen de visitas y a la pensión de alimentos) vienen a paliar.

Y todo ello, **debemos insistir, en sede cautelar y de urgente protección de la** menor, de modo que los progenitores podrán ventilar en definitiva lo atinente a la guarda y custodia de su hija menor en el correspondiente declarativo de modificación de medidas.

TERCERO.-COSTAS.

De conformidad con los arts. 398 y 394 de la LEC., habida cuenta la naturaleza cautelar y urgente de la medida adoptada, basada en un mero *fumus boni iuris*, y la irregularidad cometida en la instancia en la tramitación del procedimiento, fuente de evidentes dudas jurídicas, no procede hacer expresa condena en las costas.

VISTOS, los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO:

LA SALA ACUERDA: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Lorena contra el auto de fecha 17-4-2020 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Valladolid (familia), debemos confirmar y confirmamos el expresado auto en todos sus pronunciamientos.

No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en el presente Recurso de Apelación.

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.

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